

El Estado Jurídico del Embrión Humano

Silvana Ornella Araujo

Leg: VABG 5303



“Embrión Alfa” (2011). Obra de ChanTe Almodóvar

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Abogacía

2014

Universidad Siglo 21



Agradecimientos

Hubiese sido imposible para mi llegar a esta etapa culmine en mi carrera universitaria, de no haber sido gracias a Dios, a su ayuda, bendición, provisión durante estos años. Y por haberme permitido cumplir este sueño tan anhelado

Le agradezco a mi amada madre Mónica por el esfuerzo, aliento y la contención que me dio desde el comienzo de mi carrera. Porque me acompañó de principio a fin y luchó cada segundo para darme lo mejor. A mí querido hermano Martín por el ánimo que me brindó para no bajar los brazos. Porque ambos me han sido de inspiración, por su fortaleza, ganas de continuar y salir adelante en la vida. No hubiera sido fácil sin ellos a mi lado.

A mis amigos quienes compartieron mis alegrías y tristezas no solo en este trayecto, sino a lo largo de mi vida. Los cuales sé que han pedido a Dios por mí, para poder lograr éxito en cada paso que daba, en cada escalón que debía subir.

A mis compañeros que están cerca, y a los que desde lejos me han brindado su ayuda y su tiempo. A aquellos que me han acompañado desde el inicio y a los que he conocido durante la mitad de mi carrera.

Debo agradecer también a la Universidad y a los docentes, excelentes profesionales por darme el espacio en el cual pude realizarme como profesional y por su acompañamiento durante este camino.

Finalmente, a todos aquellos que de una u otra manera hicieron que este sueño se transformara en realidad. A todos Uds., GRACIAS. Dios los bendiga

*Tú creaste mis entrañas;
me formaste en el vientre de mi madre (...)*

*Mis huesos no te fueron desconocidos
cuando en lo más recóndito era yo formado,
cuando en lo más profundo de la tierra
era yo entretejido.*

*Tus ojos vieron mi cuerpo en gestación:
todo estaba ya escrito en tu libro;
todos mis días se estaban diseñando,
aunque no existía uno solo de ellos.*

Salmo 139. La Biblia

TÍTULO: “El Estado Jurídico del Embrión Humano”.

Resumen

El tema convocante de la presente investigación sobre el estado jurídico del embrión humano es altamente relevante y actual. Es necesario destacar que la jurisprudencia, lo ha considerado en su tratamiento. La orientación más moderna se ha ocupado de manera más particularizada. Se ubica al embrión en el derecho argentino, sin dejar de lado el marco jurídico aplicable. Se aborda al embrión y las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas. Para perfeccionar dicho abordaje se incursiona además en la orientación que ha seguido el Derecho Comparado. Se detalla el Estado jurídico del embrión, la recepción del mismo por los Tratados Internacionales con rango constitucional en nuestra Carta Magna, además se trata la concepción en el Derecho Argentino: tales como el Código Civil, el Código Penal y la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de algunos fallos. Se indican las modificaciones aportadas por el actual Código civil y Comercial al régimen de las personas por nacer.

Abstract

The subject convener of Present Research on the Legal Status of the Human Embryo is Very Relevant and real.. It should be noted that jurisprudence, considered in their treatment. The latest guidance has addressed more particularized. It is located to the embryo in Argentine law, without neglecting the applicable legal framework. It addresses the embryo and the Assisted Human Reproduction Techniques. To perfect this approach is also venturing into the direction followed Comparative Law. The legal status of the embryo is detailed, its reception by international treaties with constitutional rank in our Constitution, addition is the design in the Argentine law: such as the Constitution, the Civil Code, the Penal Code and the position Supreme Court of Justice, the procedures through some bugs. Modification by the Proposed Unification of Civil and Commercial regime unborn persons listed code.

Índice de contenido	Pág.
Introducción	9
1. Conceptos básicos sobre el embrión	13
1.1. Comienzo de la vida; Análisis desde diferentes perspectivas:	14
1.1.1 El embrión según la Ciencia y la Biología: Consideraciones acerca del embrión. Su humanidad	14
1.1.2 El embrión según la Filosofía	16
2. Las Técnicas de Reproducción Asistida	20
2.1. Métodos de fecundación Asistida	21
2.2. Infertilidad y alternativas médicas	23
2.3. Fecundación in vitro	23
2.3.1. Problemáticas dentro de la fecundación	25
2.4. Embarazo múltiple y selección embrionaria	25
3. Estado Jurídico del Embrión en el Derecho Internacional y Comparado	27
3.1. Declaración Americana sobre derechos y deberes de los hombres	28
3.2. Convención Americana sobre derechos humanos	29
3.3. Convención sobre los derechos del niño	30
3.4. Derecho comparado: España y Alemania	31

4. Estado Jurídico del Embrión en el Derecho Nacional	36
4.1 .Constitución Nacional	37
4.2. Código Civil	38
4.3. Código Penal	40
4.4. Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos.	41
4.4.1. Portal de Belén- Asociación sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social	42
5. Las modificaciones propuestas por el Código Civil y Comercial al régimen de las personas por nacer	46
5.1. El régimen de las personas por nacer en el proyecto original. El proyecto de reforma y el código terminado.	48
Conclusiones generales	53
Anexo	58
Bibliografía	76

Introducción

El estado jurídico del embrión humano que constituye el objeto de la presente investigación es de relevante actualidad, teniendo en cuenta que en nuestro país no existe un marco normativo particular acerca de la protección del embrión, lo que ha generado diversas interpretaciones con respecto a los efectos jurídicos que genera la manipulación genética, la que por nuestros días se ha incrementado, debido sobre todo al imperio de la ciencia y la tecnología.

Nuestro Legislador Vélez Sarsfield tuvo en cuenta diferentes concepciones cuando se ocupó en el Código Civil del tratamiento de la persona por nacer, refiriéndose al comienzo de la existencia de la persona, la que se producía a partir del momento de la concepción en el seno materno. Además opinaba que el feto debía ser considerado en una forma íntegra, sin ser separado de la madre.

Se hace fundamental precisar la naturaleza jurídica del embrión humano, en este caso precisar su estado jurídico, y por lo tanto, si el mismo merece protección legal. Asimismo, es importante analizar las posiciones de la doctrina especializada en cuanto a la delimitación del comienzo de la existencia humana, como así también la interpretación que se le brinda al artículo 70 del Código Civil Argentino.

La jurisprudencia nacional no ha sido indiferente al tratamiento de esta cuestión. La más moderna, como así también los especialistas en el estudio de esta temática, reflexionan con respecto al embrión cotejándolo con la persona que ha nacido, como así también que su derecho a tener vida presenta excepciones.

El trabajo se compone de Cincos Capítulos. En el primero se parte de la

concepción de que la vida es un derecho universal y fundamental. Se aludirá al embrión y al comienzo de la vida efectuándose un análisis desde distintas perspectivas tales como la ciencia, la biología, y la filosofía

En el Segundo Capítulo se abordará el embrión y se mencionarán las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, aquí se plantearán las diferentes discusiones que se han entablado en la doctrina imperante, como así también las diversas orientaciones jurisprudenciales. Para complementar dicho abordaje se incursiona en el Tercer Capítulo denominado Estado Jurídico del Embrión en el Derecho Internacional así se inicia con la Declaración Americana sobre derechos y deberes de los hombres, la Convención Americana sobre derechos humanos, Convención sobre los derechos del niño y culmina dicho Capítulo con el derecho comparado, en donde se hace hincapié en España y Alemania. En el Capítulo 4 se analiza el Estado Jurídico del Embrión en el Derecho Nacional, así se hace referencia a la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código Penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación particularmente, lo que disponen ciertos Fallos, a saber “Portal de Belén- Asociación sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social” y “Sánchez Elvira Berta c/Ministerio de Justicia y Derechos humanos.” Se arriba al Capítulo 5 denominado Las modificaciones propuestas por el Código Civil y Comercial al régimen de las personas por nacer.

El trabajo se completa con las Conclusiones Generales y la Bibliografía que se utiliza a lo largo de la investigación emprendida.

En cuanto al Problema de Investigación resulta esencial definir el estado jurídico del embrión en la actualidad, si el mismo es considerado persona, si presenta alguna protección jurídica, como así también determinar si son considerados personas los embriones in vitro.

En cuanto a la Enunciación de los Objetivos Generales, éstos consisten en: 1) analizar el estado jurídico del embrión, 2) establecer el alcance de la protección legal de los embriones concebidos y la incidencia de las técnicas de fertilización asistida.

En cuanto a los Objetivos Específicos, éstos son: a) Exponer las principales posturas doctrinarias a lo largo de la historia acerca del estatus jurídico del embrión; b) Definir el marco normativo aplicable al problema de la determinación del embrión como persona humana; c) Hacer una reseña de los casos jurisprudenciales más destacados acerca de la personalidad jurídica del embrión, identificando sus tendencias; d) Referirse al régimen jurídico que sistematiza sus derechos y sus deficiencias, como así también a las diversas formas de manipulación genética.

En lo referido a la Justificación del Problema es de una esencial importancia teniendo en cuenta el derecho a la vida que desde el primer instante merece ser respetado, en virtud de un principio fundamental que es consagrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nacional.

Una cuestión a tener en cuenta es la preponderancia y publicidad que el tema ha tenido en los medios de difusión pública como en el ámbito de la doctrina jurídica a través del Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino. Uno de los problemas más relevantes son la Fecundación In Vitro y la acumulación de miles de embriones sobrantes para diferentes destinos entre ellos la crio-conservación de embriones que se utilizan posteriormente en los mismos padres o para ser donados, lo cual en variadas oportunidades se hace sin el consentimiento de éstos.

En cuanto a la Metodología adoptada se puede decir que el trabajo es de

carácter exploratorio, o sea, intentará determinar cuáles son las diferentes posturas doctrinarias respecto a la determinación del comienzo de la existencia de la persona, así como también, la protección jurídica que se le asigna en atención a la influencia de las técnicas de fertilización asistida.

Capítulo I

Conceptos básicos sobre el embrión

En el presente Capítulo se analizan conceptos esenciales acerca del embrión, la importancia del comienzo de la vida: su abordaje desde diferentes perspectivas, como ser la ciencia, la biología y la filosofía.

1. Conceptos básicos sobre el embrión

Se debate el problema de investigación que radica en los siguientes interrogantes: ¿el embrión es considerado persona? ¿Debe ser protegido jurídicamente? ¿Puede considerarse persona a los embriones in Vitro? Dichas cuestiones han tomado mayor vigencia debido a la fecundación extra corporal y las manipulaciones embrionarias, las que no son recientes.

En lo relativo a la Fecundación in Vitro se ha motivado el debate acerca del momento en que se considera como inicio de la vida con firme decisión. En una etapa anterior esta cuestión quedaba relegada solamente a un plano teórico, su mayor incidencia se encuentra vinculada con la problemática del aborto. (Andorno, 2004)

En la actualidad al embrión humano se le puede presentar la posibilidad de que sea dejado fuera de su lugar de contención, que es dentro del cuerpo de la madre, como así también las probables manipulaciones en cuanto a su vida, que pueden llegar a ser frecuentes.

El embrión en primer término es considerado el resultado de la labor de los especialistas en biomedicina, lo que puede ser resultado de los gametos de la pareja o de terceras personas. Una vez que se genera su introducción en el seno materno, pueden ocurrir varias contingencias, como la de la donación, congelamiento, o se pueden producir estas acciones en otra pareja, o puede suceder que sea descartado. La discusión no es entonces puramente especulativa. Ella concierne al orden

práctico, tanto de la Ética como el Derecho.

1.2. Comienzo de la vida: Análisis desde diferentes perspectivas

1.2.1 El embrión según la ciencia y la biología: Consideraciones acerca del embrión. Su humanidad

Muchos autores (Quintana, 1995; Mosso, 1996; Conte, 2000; Quian Zavalía, 2001) coinciden en la afirmación de que existe vida humana a partir del momento en que se produce la fecundación del óvulo a cargo del espermatozoide. (Laferriere, 2007)

En ese momento surge una vida totalmente diferente, distinta de las que les dieron origen. De esta manera surge que el embrión irá creciendo, se irá desarrollando y como consecuencia de ello el que verá la luz, en una instancia posterior, será el embrión ya en una etapa de crecimiento posterior.

La embriología considera que el embrión, como así también la persona que lo lleva en su interior, conforman una persona indivisible. Al mismo tiempo es necesario remarcar que el embrión es una persona totalmente diferente de los dos seres que han contribuido a su existencia (Andorno, 2004)

La cuestión de si el embrión humano pertenece a la calidad de humano, fue debatida desde hace mucho tiempo.

En el instante que se produce la fecundación el embrión se caracteriza por contener una información que es conocida con el nombre de genoma. Se afirma entonces que el embrión contiene un genoma humano, semejante al de un niño o adulto, que es un ser vivo y que pertenece como toda persona a la especie humana.

(Andorno, 2004)

La discusión se origina ante la determinación de si el embrión humano puede ser entendido como una persona, apartándose de otra disciplina que es la biología, y entrando en su consideración en otra materia que es la de la filosofía, que tiene sus particularidades específicas. Desde una consideración de la faz biológica, se produce su tratamiento no solo desde su objeto, sino cómo se lo estima desde el punto de vista científico.

La cooperación del óvulo, con referencia al embrión no debe ser entendida en forma separada, sino por el contrario su consideración en conjunto es esencial, no dejando de comprender que el embrión irá desarrollándose, adquiriendo un grado de madurez junto al adulto que lo cobija.

Si según la definición clásica de Boecio la “persona” es la que se caracteriza por su sustancia razonable (Andorno, 2004) lo que se trata es de determinar en primer lugar si el embrión es un “individuo” y en segundo lugar, si tiene una naturaleza razonable.

Para la biología el embrión es estimado como una muestra viva, ejemplar viviente que incumbe a una especie en particular; un ser que se encuentra conformado, con una vida que le pertenece y que no se puede separar porque ello implicaría su desaparición.

El embrión se caracteriza por su organización, conformado por una acumulación de células que se encuentran con una idéntica finalidad y que se desenvuelven globalmente en el mismo contexto.

Tienen una autonomía intrínseca y no de una completa autarquía, que tampoco posee el recién nacido para sobrevivir.

“Dado que el embrión uni o pluricelular es un ser organizado dotado de una

existencia propia y de una autonomía intrínseca, es un individuo perteneciente a una especie precisa: la especie humana” (Andorno, 2004, pag 3).

1.2.2 El embrión humano según la Filosofía

Algunos autores como Jiménez Garrote (s.f.) han referido que en las técnicas de reproducción asistida tienen gran incidencia la investigación científica y la práctica biomédica pero muchas veces actúan de manera ambivalente. El fin que persiguen es noble, pero lo que se critica son los medios que se usan debido a que se degrada al ser humano cuando se lo utiliza de esta manera. Debe respetarse la dignidad de la persona, no olvidando que es un fin en sí mismo al que debe ayudársele, Siempre en la ciencia y la investigación científica debe imperar la seriedad y la racionalidad científica.(Jimenez Garrote, s.f)

Una tesis que se ha apreciado como tal es la relacionada a dos términos: el de persona y el de autoconciencia. En cuanto a lo de la autoconciencia, sobresale la postura que considera al sujeto como un ente con gran consistencia. La autoconciencia es un concepto que merece su atención preferente debido a que se va incorporando en la persona en forma paulatina. Cuando la persona cumple el año de edad, se presenta en el niño una muestra muy pequeña de lo que es su personalidad debido a una reafirmación de su conciencia. Va tomando conciencia de que es, y quien es.

Una de las temáticas bioéticas que siempre es motivo de abordaje es la relativa a la dignidad humana. Ciertos especialistas (Basset, 2009; Laferriere, 2006) afirman que la fecundación in Vitro afecta este principio. De esta manera Basset sostiene que el ser humano merece un tratamiento preferencial porque es el resultado del amor de una pareja constituida por un padre y una madre. (Basset, 2009).

Asimismo agrega que los embriones que quedan, debido a que la suerte de los embriones será diversa, o tal vez su destino se limitará a que sean preservados en el frío de una heladera. Otro autor como Laferriere (2006) ha resaltado los probables daños que puede originar esta técnica, en relación con esto último, se llega a señalar los posibles daños que podría ocasionar la congelación y descongelación en la estructura del embrión, alcanzándose a hablar de las posibles “consecuencias psíquicas” que podría tener esta condición en las futuras etapas de la vida de este ser humano.

Algunos autores opinan que no se puede afirmar que existirán daños psíquicos, debido a que estos embriones, no han adquirido un desarrollo en su sistema nervioso central. Sin embargo otras posturas entienden que se estaría atacando el derecho a la dignidad, debido a que el hombre es siempre un fin en sí mismo y no “una cosa sujeta a la voluntad de otros” (Casanova, 2005)

No es fácil comprender este concepto por su dificultad. Es decir cuando se produce la fecundación de los óvulos, y se dejan de lado a otros, significaría un atentado contra la dignidad de la persona. (Cocca, 1994). Se han generado criterios relativos a un posible “eugenismo discriminatorio”, conceptos que han ocasionado polémicas (Basset, 2009).

Ha nacido otro cuestionamiento ético, debido a que son utilizados gametos provenientes de donantes desconocidos que se mantienen en el anonimato ,en donde se estaría afectando al derecho a la identidad, debido a que cualquier persona tiene derecho a conocer su origen (Casanova, 2005). Por otro lado, ha nacido también una posición diametralmente diferente, que determinó la prohibición de la “píldora del día después”, y se debate si el derecho a la vida puede entenderse como derecho “absoluto” (Basterra, 2002), en donde no se consideran otros derechos en juego.

La referida autora, exige determinados derechos a saber, la salud reproductiva, la autonomía personal, la libertad, el derecho a la intimidad, la concepción de manera segura y responsable. Se han esgrimido polémicas entre una concepción ética con implicancias jurídicas en lo relativo a la autonomía y la visión de una sociedad de connotaciones plurales, en donde cualquier persona que habita una sociedad de estas características decide asumir una decisión autónoma, muy personal, que no elige consumir una pastilla anticonceptiva emergente sobre todo debido a una misma formación íntima y desde una óptica religiosa. A su vez hay personas que optan por utilizar dicha píldora a los fines de organizar de manera responsable sin coacciones sus derechos sexuales y de reproducción, la cantidad de hijos que tendrán, el tiempo de nacimiento entre los mismos.

CONCLUSIONES PARCIALES

En el presente Capítulo se ha hecho referencia a la importancia de la existencia del embrión, la relevancia del comienzo de la vida: su enfoque desde distintas perspectivas, la seriedad de su tratamiento por la ciencia y la biología, como así también el trato que de manera especial han llevado a cabo la ciencia, la biología, y la filosofía, lo que implica una consideración preferente acerca del mismo.

A lo largo de este capítulo se observa, diferentes posturas o lineamientos de distintos autores con respecto a la consideración del embrión como persona humana y cuáles son derechos que se ven afectados con el uso de las técnicas de reproducción asistida. Creo que el derecho debe aportar una idea muy cierta acerca de, que el embrión humano merece protección y resguardo no solo por parte de las personas que intervinieron en la concepción, por ser responsables de haber engendrado vida,

sino también por parte de los profesionales médicos que intervienen en los procesos de fecundación in vitro, a los fines de evitar su manipulación. El legislador tiene la obligación de proteger la vida por sobre todas las cosas desde el primer instante y condenar todo tipo de maniobras y/o prácticas abusivas, que son a la vez altamente peligrosas porque afectan este tan fundamental derecho, como es el de la vida y del cual se desprenden muchos otros derechos.

Capítulo II.-

Las Técnicas de Reproducción

Asistida.

En el presente Capítulo se abordará la importancia de las Técnicas de Reproducción Asistida, mencionando los métodos que surgen con referencia a dicha técnica, la infertilidad y sus soluciones, la fecundación in vitro, las problemáticas de las técnicas de fertilización, el embarazo múltiple y selección embrionaria.

2.1. Métodos de fecundación Asistida

Estas técnicas, tienen como objetivo incrementar las probabilidades de concepción en aquellas parejas que presentan problemas para lograrlo de forma natural. Básicamente, estas técnicas producen un acercamiento entre el espermatozoide y el óvulo.

Entre las técnicas de reproducción asistida se encuentran:

La Inseminación Artificial: consistente en depositar espermatozoides de manera artificial en el útero de la mujer, en el tiempo en que esta está ovulando, con el propósito de conseguir la gestación. Estos espermatozoides son seleccionados previamente de una muestra.

Existen dos tipos de Inseminación Artificial. La inseminación artificial conyugal u homologa (IAH), en la cual el origen de los espermatozoides es de la pareja, y la inseminación artificial donante (IAD) en este método los espermatozoides provienen de un banco de semen, siendo ellos almacenados, clasificados y sometidos a exámenes de laboratorio para ser estudiados.

La Fertilización In vitro: Mediante esta técnica se fecundan los óvulos fuera del cuerpo de la mujer, obteniendo así embriones que son transferidos, e implantados en el útero.

Esta técnica puede clasificarse en: Fecundación In vitro Convencional (FIV): En ella se estimula a los ovarios con hormonas para obtener óvulos maduros y

cuando cumplen con este requisito son extraídos del ovario por medio de la punción y son incubados por determinado tiempo, junto con los espermatozoides. En ese periodo de tiempo que dura de 2 a 4 días debe producirse la fecundación invitro y una vez que el embrión se desarrolla son transferidos al útero de la mujer en donde son implantados y se espera su crecimiento normal.

La Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) es otro tipo de fecundación invitro: cuando la cantidad de espermatozoides no son suficientes para lograr ingresar por si mismos al ovulo, es necesario el uso de la micromanipulación. La técnica es similar a la FIV pero con la diferencia que los espermatozoides son extraídos directamente del testículo e inyectados luego, al ovulo.

La Transferencia Tubarica de Óvulos Microinyectados (TTOMI): es otra técnica de reproducción asistida, y en ésta se facilita la unión del óvulo con los espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer, pero la fecundación ocurre dentro de ella, esta es la diferencia con la fecundación invitro.

El Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGD) que es un diagnóstico que permite detectar antes de ser transferidos e implantados al útero, embriones enfermos genéticamente. Para realizar este método es necesario tomar un embrión obtenido mediante la FIV o una ICSI para así estudiarlo y detectar alguna anomalía que le permitirá a los médicos y a los progenitores decidir si continuar o no con la gestación de dicho embrión malformado. Por lo general no son implantados.

La Donación de Óvulos: como otra técnica de reproducción asistida que consiste en la estimulación ovárica que se realiza en otra mujer. Los óvulos obtenidos por la donante serán inseminados o microinyectados junto con los espermatozoides del esposo de la mujer receptora, preparando al mismo tiempo el útero de esta última. (Rios Osorio, sf)

2.2 Infertilidad. Alternativas médicas.

En el ámbito de la medicina y en una especialidad de la misma que es la de la salud reproductiva, se estudia sobre la infertilidad que atañe a la imposibilidad de engendrar por parte de uno o ambos integrantes de la pareja. Sin dudas, genera diversas frustraciones, estados de ánimos negativos, en los proyectos de familia de los mismos.

La infertilidad es un problema frecuente que tiene incidencia en un número significativo de parejas. Se ha referido a la misma como la incapacidad para consumar un embarazo, una vez que ha transcurrido un término de considerable de mantenerse relaciones sexuales sin haber tomado los recaudos pertinentes en cuanto a la anticoncepción. Se ha debatido lo que se entiende por “tiempo razonable”; la Organización Mundial de la Salud en 1992, así como la Sociedad europea de Reproducción y Embriología Humana en 1996, en su recomendación menciona *un plazo mínimo de dos años* para desarrollar el embarazo; si éste no ocurre después de ese tiempo, la pareja es considerada infértil. El avance de la ciencia, ha logrado dar respuesta a esta problemática, mediante el surgimiento de las modernas técnicas de reproducción médicamente asistidas. (Gabardi, 2010)

2.3 Fecundación In Vitro.

La fertilización in vitro es una técnica de reproducción artificial, mediante la cual se logra fecundar, fuera del organismo humano, en un recipiente en ambiente de laboratorio.

El procedimiento comienza con la extracción quirúrgica de un óvulo, que posteriormente será fusionado con un gameto masculino (espermatozoide).

Todo este proceso es llevado a cabo en un ambiente de laboratorio.

Explica la diputada Marta I. Ortega – en los fundamentos de su Proyecto de Ley- que la fertilización es un fenómeno complejo que consiste en la unión de los gametos femeninos y masculino (óvulos y espermatozoides), resultando de esta unión la formación de un organismo unicelular (célula huevo o cigoto), punto de partida de un nuevo ser. Esta técnica, fue desarrollada en sus comienzos, para el tratamiento de aquellos casos de infertilidad provocada por causa de obstrucción de trompas.

Con el correr del tiempo, se fue ampliando su campo de aplicación para aquellos problemas de encuentro entre óvulo y espermatozoide.

Ello ha generado una gran polémica ante el nacimiento de dichas técnicas, en los estados más avanzados en su desarrollo, demostraron su interés en reglamentar y en transformar las normativas evidentes con el objetivo de poder modernizarlas teniendo en cuenta nuevas realidades que nacían y a los nuevos requerimientos. Interés en regular y controlar, más que justificado, toda vez que las técnicas de reproducción asistida no solo vinieron a dar respuesta a numerosas parejas con problemas para concretar de manera natural un embarazo, sino que también trajeron aparejado el replanteo y la necesaria modificación de conceptos básicos aceptados desde antaño, como el del comienzo de la existencia de la persona, su protección y amparo jurídico. (Gabardi, 2010)

Sostiene Ravinovich (1999) que cuando ha sido fecundado invitro y concebido el nuevo ser humano, en las decisiones que se tomen respecto a éste, deben respetar su dignidad, su derecho a la vida y a la integridad personal.

2.3.1 Problemáticas de las técnicas de fertilización.

Las problemáticas que se generan no sólo son desde la ciencia y de la filosofía, sino que ante todo deben considerarse como complementarias.

Entre los problemas éticos que surgen de estas técnicas, sobre todo se debate en torno a lo relativo a los embriones congelados, sino también qué tipo de experimentación que se van a ocasionar con aquellos embriones que son considerados “sobrantes”, cómo se usan las “células madre” embrionarias.

Existe un sólido debate con relación al objetivo terapéutico de estas técnicas y la posibilidad que se propague una concepción eugenésica a raíz del desenvolvimiento de dichas técnicas de reproducción asistida (León Correa, s.f.)

2.4 Embarazo múltiple y selección embrionaria.

La práctica de alguna de estas técnicas de fertilización asistida, puede conllevar un inconveniente, que es el de un embarazo múltiple, debido a que se produce la gestación de gran cantidad de óvulos a través de una fecundación intracorpórea o de la transferencia de un sin número de embriones mediante el uso de las técnicas de fecundación in Vitro o extracorpórea. El parto, en el supuesto caso de darse embarazos múltiples, se transforma en una situación difícil de asumir para el médico, quién tener que tener en cuenta en su valoración tanto la vida de la madre que se encuentra en gestación como la de sus niños que lleva en su seno. (Martínez; Andorno; Arias de Ronchieto; 1997)

Es particularmente esta situación la que genera un vacío legal en nuestro país. Se presenta la situación que el profesional a cargo de dicho caso sea de una institución privada o pública, le queda a su elección la facultad de fecundar un número indefinido de ovocitos; sino que además el Estado, cuando no actúa ni interviene, no

se interesa por el ejercicio de quienes actúan ante dichas situaciones, sin aportar un marco legal esclarecedor, y hallar en sus textos la seguridad jurídica que precisa su desenvolvimiento profesional. (Gabardi, 2010)

CONCLUSIONES PARCIALES.

En el presente Capítulo se ha tratado la relevancia de las Técnicas de Reproducción Asistida, en aquellos casos que es necesario recurrir a dichas técnicas, particularizando en los métodos que surgen con respecto a dicha técnica. La incidencia de la infertilidad y las posibles soluciones, como en los casos de la fecundación in Vitro, el Embarazo múltiple y la selección embrionaria mencionándose las problemáticas que acarrearán.

Si bien este tipo de técnicas o métodos de reproducción asistida han ofrecido la posibilidad de ser padres a millones de parejas, es importante poner atención en la protección que se le brinda no solo a esos embriones concebidos fuera del seno materno, sino también a los sobrantes y el destino que se les otorga. No hay que olvidarse que debe ser respetado por sobre todas las cosas el derecho a la vida, como derecho universal y fundamental, considerando que hay vida desde el momento de la concepción, la cual se produce mediante la unión del espermatozoide con el óvulo sea dentro o fuera del seno materno.

Existe sin duda, la esperanza para toda la humanidad, y especialmente para las parejas que ven frustrado su sueño de formar una familia, de que en un futuro no muy lejano, gracias al incesante avance de la tecnología y la ciencia, puedan convertir ese sueño en una realidad. Por lo tanto sería conveniente que todo tipo de manipulación genética sea legislada y aplicada con responsabilidad.

Capítulo III.-

Estado Jurídico del Embrión en el

Derecho Internacional y Comparado

Es necesario referirse al Derecho Internacional sobre todo teniendo en cuenta que a partir de 1994, forman parte los citados instrumentos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico nacional, integrando el bloque de constitucionalidad. De ahí la importancia que adquieren particularmente la Declaración Americana sobre derechos y deberes de los hombres, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a los derechos de las personas por nacer y del embrión, destacándose la preservación del derecho a la vida.

3.1. Declaración Americana sobre derechos y deberes de los hombres

Esta declaración surgió en la ciudad de Bogotá (Colombia), con motivo de desarrollarse desde el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 la Novena Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá (Colombia), a través de la Resolución XXX. Lo que debe destacarse es la trascendencia que tiene este instrumento jurídico, debido a que en el orden temporal es anterior a la Declaración Universal de Naciones Unidas.

En los considerandos se resalta que los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Además se expresa en dicha normativa americana “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre referencia a los hombres, pero debe entenderse a la generalidad de los hombres y mujeres, a

cualquier persona, eso se desprende de los arts. 1 y 2 de la misma. Por su parte en el art. 17 se hace mención del reconocimiento de sus derechos y obligaciones en su calidad de titular de los mismos, siendo pasible de su disfrute. La Declaración Universal de Derechos Humanos por su parte, continúa en dicha línea argumentativa con relación al reconocimiento de la personalidad jurídica y del goce de los derechos para cualquier ser humano, siendo el derecho a la vida el de mayor jerarquía (Carubini y otros, 1993)

3.2-Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta Convención, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 dentro del contexto de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la que entró en vigor a partir del 18 de julio de 1979. Argentina efectuó su ratificación mediante ley nacional N° 23.054 del año 1984.

Se conforma de un Preámbulo y tres partes. En la primera Parte denominada “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, capítulo I “Enumeración de los Deberes”, los Estados Partes asumen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto y garantizan el pleno y libre ejercicio a toda persona sujeta a jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación arbitraria. Asimismo, conforme a normas constitucionales, se deben adoptar las medidas legislativas o de otra naturaleza esencial para la vigencia de los derechos y libertades que se encuentran contempladas.(Carubini y otros, 1993)

Se debe mencionar especialmente al Capítulo II bajo el título “Derechos Civiles y Políticos” entre otros se enfatiza el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se resalta además la expresa mención del derecho la vida, en

donde se reconoce claramente su protección a partir de la concepción como así también se afirma que ninguna persona puede ser privada de la vida en forma arbitraria. Asimismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (Art. 4). Consecuentemente en el Pacto de San José de Costa Rica, se establece en el art. 5 inc.1 que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral."(Barra, 1996)

3.3. Convención sobre los Derechos del Niño.

Fue suscripto en la ciudad de Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 mediante resolución 44/25 y entró en vigor el 2 de Septiembre de 1990 en nuestro país bajo la Ley Nacional N° 23.849.

Se comentan artículos referentes al derecho a la vida y a la preservación de la misma con relación al niño. En el Art. 1 se precisa que se comprende bajo la conceptualización de niño a aquel ser humano que tenga la edad menor a dieciocho años de edad, es decir indica que ese es el tope para entender a una persona en cuanto a su minoría de edad. En dicho instrumento jurídico no se expresa de ninguna manera ni tampoco se determina en qué momento se inicia la vida humana, es por ello que el gobierno nacional en el instante en que lo ratificó, ha efectuado la declaración citada con respecto al artículo 1. En el Art. 2 los estados partes se comprometen al respeto de los derechos de los niños que se encuentren bajo su jurisdicción, sin que se efectúe ninguna distinción a los mismos ya sea por razones de raza, sexo, idioma, religión entre otros factores a tener en cuenta.

Una mención especial merece el Art. 6 en donde los estados procuran que se le respete el derecho a la vida, principio esencial que no debe ser dejado de tener en cuenta, como así también propender a su desarrollo, contribuyendo a dichos fines. A

su vez, el Art. 7 menciona en forma expresa cómo debe ser inscripto el niño, lo que debe ser llevado a cabo de manera inmediata una vez producido su nacimiento, como asimismo debe tener derecho a adquirir un nombre que lo identifique, a que se le proporcione una nacionalidad, a saber quiénes son sus progenitores y a que éstos se hagan cargo de su protección y crianza.(Carubini y otros, 1993)

Lo que debe destacarse de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando afirma "en las condiciones de su vigencia": particularmente a través de la Ley 23.849, que tiene gran incidencia debido a que ratifica dicha Convención, colocando al niño como sujeto de derecho desde el momento de la concepción, expresando que se comprende por niño a "todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad", sin delimitarla, tanto a la que ocurre dentro del seno materno, como fuera de él, lo que abarca el compromiso de protegerlo y estimarlo no como una fracción del padre o la madre, sino ante todo como sujeto con toda su potencialidad, sobre todo como persona.

3.4. Derecho comparado: España y Alemania

España.

Existen normas que de manera expresa se refieren al respeto del derecho a la vida, así el artículo 15 de la Constitución española dispone que "*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*".

En España, el artículo 29 del Código Civil, según el cual "*el nacimiento determina la personalidad*" lleva a pensar que no se está identificando el pre embrión con el concepto de persona física. Pero ello, no implica una desprotección absoluta del concebido. El mismo artículo en su inciso segundo dispone "*...el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con*

las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

Por lo tanto, no se lo puede considerar como una cosa al “*nasciturus*” y aplicar a este las reglas comunes del derecho de propiedad.

En cuanto a la extensión de la protección del artículo 29 del Código Civil, ha sido muy discutida, sosteniendo algunas doctrinas que esta norma no está reconociendo la personalidad civil del embrión, sino que solamente deja sujetas a condición suspensiva las relaciones jurídicas que le afectan.

En base a esto pareciera que el legislador español ha optado por la creación de leyes especiales y posteriores, las que aborden de forma más específica qué actividades pueden llevarse a cabo con los pre embriones y embriones humanos in vitro, ejemplo de esto es la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La Ley 35/1988, relativa a la regulación de las diversas técnicas que se efectúan en torno a la Reproducción Asistida Humana, trae como característica destacada la factibilidad de llevar a la práctica la investigación con embriones. Ello se desprende de lo que se encuentra contenido en la Exposición de motivos de dicha normativa, en donde se ubica a la fecundación in vitro y la crio conservación como técnicas que proporcionan la posibilidad de gametos y óvulos fecundados, no sólo para efectuar las técnicas de Reproducción Asistida con respecto a personas que los brindan, sino además debido a manejos variados, de carácter de detección, ya sea terapéutico o en el plano farmacéutico o destinado a la investigación o de carácter experimental. (Canales; Loiseau, s.f.)

Alemania.

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión en el mundo, el respeto a la dignidad de la persona humana establecido en el artículo 1 de

la Carta Fundamental es la base de toda la legislación germana. En el Código Civil, el artículo 1, aporta la cláusula general la que concede personalidad al nacimiento, en virtud de la cual no se la entiende como persona, tampoco se la comprende como sujeto de derechos, sino particularmente a partir del nacimiento. No obstante, no se le brinda ninguna cláusula específica sobre los reconocimientos de derechos con respecto al concebido, solamente se le especifican normativas puntuales sobre su situación jurídica.

Con respecto a las normativas incluidas en la constitución hacen hincapié en el respeto a la vida como a la dignidad humana, y en lo pertinente al resguardo del embrión in vitro fueron ubicadas como estrictamente restrictivas o en su defecto sumamente permisivas en el aspecto de comprender las necesidades o evitar cualquier situación riesgosa que fueran correlato de las diferentes modalidades de biotecnología.

Con relación a la Ley de Protección de Embriones de 1990, aspira a otorgar al embrión de un status jurídico, conteniendo una definición referente a lo que se entiende por “embrión” y detallando las prohibiciones fundamentales, que se refieren a una sanción penal, que le otorgan al embrión un resguardo básico, ante todo frente a los investigadores. El ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en la Ley se interrumpe con la anidación del embrión en el útero, etapa en la cual se configura la transgresión normativa existente en el Código Penal relativas a la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que ha sido duramente criticada y calificada como un ejemplo aberrante, donde la regla es la criminalización, como así también a la excepción de los lugares donde se entiende que se encuentran en libertad.

Con respecto al embrión se halla conceptualizado lo que se comprende como

óvulo humano fecundado en el Art. 8 a aquel que puede desarrollarse, a partir del momento en que se produce la fusión de los núcleos. Una terminología similar se aplica a la célula totipotente que, puede ubicarse como aquella que es extirpada de un embrión, y, que puede presentar una subdivisión, sin embargo a pesar de ello, puede llegar a configurarse como un individuo. El óvulo humano en el momento que produce su fecundación asume una vitalidad a partir de las 24 horas siguientes al momento en que sucede la fusión del núcleo celular, advirtiéndose una excepción que, en el caso en que no reprodujera dicho término no pueda desarrollarse, como en el caso que también que se perfile con rasgos unicelulares. (Canales; Loiseau, s.f.)

CONCLUSIONES PARCIALES

Se ha resaltado la relevancia del Derecho Internacional, de ciertos tratados e instrumentos internacionales, a partir de 1994, que es el año donde se produjo la última reforma constitucional argentina. Al analizar brevemente alguno de estos instrumentos podemos observar que tienen en común el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Estos sumamente necesarios para todo ser humano para que se pueda desarrollar en todos los aspectos de su vida. Y ese derecho a la vida, como primordial e innato al hombre deberá ser respetado por parte de todos, a nivel nacional e internacional. Se mencionan los artículos más sobresalientes y la importancia que adquieren principalmente la Declaración Americana sobre derechos y deberes de los hombres, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que respecta a los derechos de las personas por nacer y del embrión, destacándose la preservación del derecho a la vida. De tal modo que sería inapropiado tratar al

embrión humano como una cosa, sino por el contrario, es merecedor de tutela legal desde el momento de su concepción, respetando su derecho a vivir. Vale destacar que dichos instrumentos tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, por tanto podemos concluir que desde las más altas esferas del derecho el embrión humano es considerado persona, y ello implica la misma protección jurídica que le corresponde a una persona nacida, y que deba ser amparado por los mismos derechos.

Si nos referimos al derecho comparado nos percatamos que la definición de embrión y su protección es diferente en cada derecho nacional, pero en la mayoría de ellos se le reconoce el derecho fundamental de la vida humana y su protección, otorgándole ciertas garantías desde la concepción, mientras que por otro lado, se le reconoce personalidad jurídica y por tanto se lo considera como sujeto de derecho desde el momento del nacimiento. Algunas legislaciones no distinguen embrión de pre embrión, lo cual es bueno a los fines de vedar la actividad investigativa y experimental sobre estos últimos que violentan el derecho a la vida y la dignidad humana.

Capítulo IV

*Estado Jurídico del Embrión en
el Derecho Nacional*

En este Capítulo se aborda el Estado Jurídico del embrión en el Derecho Nacional, su regulación en distintos ordenamientos como la Constitución Nacional, su abordaje en el Código Civil como así también el Código Penal y su recepción por la jurisprudencia de la Corte Suprema, particularmente a partir de un fallo ejemplar, como es el de Portal de Belén- Asociación sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social.

4. 1. Constitución Nacional

La Constitución Nacional Argentina garantiza la protección de la vida de todo ser humano, considerada como un atributo inherente a la persona, primordial y el más destacado de todos los derechos. Y se reconoce en ella que hay vida desde la concepción, es decir desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide.

Está registrado de manera implícita en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa en los instrumentos Internacionales de raigambre constitucional, a saber: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, donde se menciona de manera ineludible que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente y en la Convención sobre los Derechos del Niño (Demiz, 2011)

Puede decirse que en distintos momentos nuestra Carta Magna plasmó lo referido. Por ejemplo en la Constitución de 1853: Se tuvo en cuenta el espíritu de

los constituyentes, que entendieron al derecho a la vida como esencial y básico que posibilita el desenvolvimiento de los diversos derechos.

Por ello, se hace mención en el artículo 29 de la Constitución Nacional, de manera explícita que es preciso defender y proteger la vida ante cualquier abuso en que puedan incursionar los que encontrándose en el poder abusan de él. Ante todo se hace menester respetar la vida y tender a su resguardo.

4.2. Código Civil

Nuestro Codificador Vélez Sarsfield ha procurado definir el estatus que el embrión humano tenía en el sistema positivo nacional. No hay que olvidarse que el Código Civil fue aprobado en 1871 y en dicha época no se tenía conocimiento de ninguna técnica de fecundación extracorpórea, y se debía aplicar por analogía, lo preceptuado en el Art. 16 del Código Civil. La legislación nacional se caracteriza por concederle personalidad jurídica a la persona humana, a partir del momento de la concepción, determinando la etapa en la que se producirá la gestación de un ser humano teniendo en cuenta lo que regula el Art. 76 de nuestro Código Civil. Dicho artículo fija el período máximo y el mínimo que abarca el embarazo, y dispone en el Art. 77 el máximo que dura el mismo, que es de 300 días y el mínimo de 180 días, no contando el día del nacimiento. Dicha presunción se caracteriza por admitir prueba en contrario. Por consiguiente, el legislador intentó la fijación del momento en que se produce la concepción para determinar de manera expresa la existencia de la persona humana. (Baigorria y Solari, 1994)

La determinación de la naturaleza jurídica del embrión humano es fundamental dentro del ordenamiento jurídico nacional, particularmente cuando la concepción se genera fuera del seno materno. No hay que olvidar que la ley argentina considera persona a partir del momento de la concepción, lo referido nace del cotejo de los Arts. 63 y 70. El Codificador Nacional Vélez Sarsfield brinda una tendencia basada en la biología, a partir de la consideración de la presencia del nuevo ser, la que se produce desde el instante de la fecundación, y cuando se expresa con relación a la “concepción” ha querido darle resguardo jurídico desde esa etapa primigenia. (Demiz, 2011)

La indicación de ambos artículos 63 y 70, respecto al lugar donde se produce la concepción se explica por el momento histórico en el que el Código Civil fue redactado, ya que entonces no podía llegar a imaginarse la posibilidad de concebir seres humanos fuera del seno materno.

No constituye un obstáculo la aplicación de los Arts. 70 y 63 del Código Civil, teniendo en cuenta, al Art. 16 de la Constitución Nacional que regula la igualdad ante la ley de todos los habitantes, sin olvidar además lo que expresa el artículo 51 del Código Civil que define a las personas de existencia visible diciendo que “son personas de existencia visible todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes”. Ambos artículos son considerados esenciales en cuanto a la determinación de la personalidad jurídica que se le otorga a la persona por nacer, ya sea que sea concebido de manera natural, o que lo sea a través de las técnicas de fertilización asistida.

Lo referido conduce a establecer que en el ordenamiento jurídico nacional es comprendido como persona cualquier ser humano, el que se caracteriza por tener

la susceptibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, entendiendo por persona tanto la que ha nacido como también quien se encuentra por nacer. Es esencial la determinación del momento de la concepción; ya sea que éste se produzca en el seno materno o no.

Existen otros artículos del Código Civil que aluden a que la vida de la persona se inicia a partir de la concepción. Ello es así cuando los Arts. 3290 y 3733 se refieren a la capacidad para ser sucesores y para suceder y para ser beneficiarios de un testamento, con respecto al hijo que ha sido concebido. Es por ello que adquiere gran protagonismo el Art. 264 del Código Civil, con la modificación que fuera incorporada por la ley 23.264, del año 1985, cuando hace referencia al concepto de 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", sin especificar el lugar donde se produce la concepción. (Ley 23.264, 1985)

4.3. Código Penal

En el Código Penal a través de los artículos 85, 86, 87 y 88 se inserta el delito de aborto, el que se encuentra tipificado como tal porque atenta contra la vida. El Código Penal establece el catálogo de conductas que atacan contra la vida. Aspira a controlar la conducta de quienes se hallen vinculados, indagando acerca de la conformidad y la paz social. La vida humana es un bien que merece protección jurídica y que en la mayoría de los códigos se halla ubicado como delitos con penas estrictas. El Código Penal estipula las conductas que se hayan reprimidas por la ley. En caso que no se puede precisar el momento de la fecundación, como sostienen algunos autores, debe ser aplicado el principio pro homine, es decir el

más favorable al hombre. En lo relativo a la interpretación de la ley, en el supuesto caso que se lleve a cabo, ante todo se debe tener en cuenta el derecho a la vida de la persona por nacer, su respeto y la de evitar que se produzca el aborto. (Erazo Bustamante s,f.)

4.4. Corte Suprema de Justicia de la Nación: Un fallo ejemplar

La Corte ha resaltado y enfatizado el principio pro vida, que es el que informa y nutre a todo el “derecho de los derechos humanos”, particularmente cuando se refiere a las garantías que surgen de los Tratados relativos a la materia específica, que tienden a la protección de sus derechos fundamentales.

El más Alto Tribunal ha destacado el derecho a la vida a partir del momento de la concepción, siendo el hombre el principal motivo alrededor del cual gira el sistema jurídico en su conjunto, por consiguiente se mantiene el postulado de la inviolabilidad de la persona humana, destacando su valor primordial, en virtud del mismo se nuclea los demás valores que surgen de él, prevaleciendo su modalidad instrumental. Si se presentara una duda, debe prevalecer el derecho a la vida. (Junyent Bass y otra, s.f)

Es el derecho a la vida lo que está fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (Fallos 302, 1284).

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 requiere necesariamente de él... (Fallos 323, 1339).

El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. 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 valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 323, 3229).

4.4.1 Portal de Belén- Asociación sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social

En el sumario del Fallo se destacan los siguientes fundamentos: en primer término se reconoce que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, surgiendo la fecundación. Puede afirmarse que allí surge el ser humano pero en calidad de embrión. Se presenta la situación que mediante la medicina conocida comercialmente como “Imediat” tiene como efecto principal el de inhibir la implantación del óvulo, lo que es considerado como un ataque al bien jurídico esencial que es la vida, no pudiendo ser objeto de ningún tipo de reparación.

LOS HECHOS: En primera Instancia estuvieron dados por la parte actora, “Portal de Belén Asociación Civil s/ fines de lucro”, la que presentó una acción de amparo con la intención que se deje sin efecto la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social, se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gador S.A., que es conocido en el ámbito comercial como Imediat., por considerar que el citado fármaco se halla conformado por un compuesto con efectos de carácter abortivos

Esta demanda se planteó ante la Jueza de Primera Instancia Titular del Juzgado Federal Nro. 3 de la ciudad de Córdoba, que hizo lugar a la acción de

amparo impetrada por considerar que dicho remedio afectaba la vida. Se basó en argumentos de hecho, de derecho, al estar atentando contra la vida desde el momento mismo de la concepción. Se actuó mediante la vía regulada por el derecho procesal constitucional, contenido en el art. 43 de la Constitución Nacional y lo dispuesto por la Ley 16.986.

En segunda instancia recurre la demandada a saber, Laboratorios Gador S.A., recurre la ante el Tribunal de Alzada, la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, la que decide hacerle lugar a dicho planteo. El principal argumento es el que sostiene: No se hace lugar al amparo debido a que no hay una ilegitimidad expresa en la conducta de la parte demandada y debido a que se consideran dichas cuestiones como opinables. Se rechazó la demanda debido a que la pretensión debida era ajena al ámbito del Poder Judicial de la Nación.

La actora continúa recurriendo y así llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso extraordinario. La Corte lo hizo lugar argumentando que lo que se debate en esta presentación es el derecho a la vida que se encuentra regulado en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y en el Código Civil (art. 75, inc. 22 C.N., 4.1. Pacto San José de Costa Rica, 6 Convención sobre los Derechos del Niño, 2 Ley 23.849 y Título III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil). Sostiene que “...el comienzo de la vida tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación...”

Considera además que “...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’ (Mc Nally, s.f.)

Por todo lo referido la Corte ha sostenido que el derecho a la vida es el

primer derecho natural de la persona humana que existe a toda legislación positiva, que lo resguarda la C.N. y por consiguiente queda demostrada una circunstancia especial, por lo que queda abierta la vía del amparo para salvaguardar el derecho a la vida en esta cuestión, es menester la aplicación del Principio “pro homine”.

Por lo tanto se hizo lugar al recurso extraordinario impetrado, se revocó la sentencia que se apeló previamente, ordenando al Estado Nacional- Ministerio de salud y Acción Social- que no haga lugar a la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de características abortivas.

CONCLUSIONES PARCIALES

En el Capítulo presente se ha referido al Estado Jurídico del embrión en el Derecho Nacional. Se ha destacado su regulación y tratamiento en la Constitución Nacional y en base a ello podemos concluir que protege el derecho a la vida, desde la concepción, entendida esta como el momento de la unión de los gametos femeninos y masculinos. Por lo tanto el ser aun no nacido pero concebido alcanza protección constitucional y es su deber proteger la vida e impedir cualquier atentado contra ella. Esta protección se da desde tiempos remotos, al notar la importancia que desde Vélez Sarsfield se ha dado en el Código Civil sobre esta cuestión. Se menciona en este capítulo el Código Penal en donde se presupone el tratamiento del derecho a la vida, y se sancionan las conductas que perjudican dicho derecho. Pero pese a todo lo mencionado, podemos advertir que en la realidad no se cumple, ya que siguen existiendo actos que tienden a lesionar o privar la vida.

Sobresale además su tratamiento por la Corte Suprema a través de diferentes fallos analizándose un fallo ejemplar, a saber Portal de Belén- Asociación sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social.

Capítulo V.-

***Las modificaciones propuestas por el Código
Civil y Comercial al régimen de las personas
por nacer***

En este Capítulo se analiza los aspectos que se consideran esenciales para arribar al Proyecto de Unificación del Código en lo Civil y Comercial de la Argentina, y asimismo se especificará respecto al régimen de las personas por nacer conforme al Proyecto que cuenta con media sanción del Senado.

El vigente Código Civil que fue redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, en 1871, ha sido objeto de distintas tentativas de reforma integral, entre ellas se puede citar la del Decreto 12.542 en el año 1926 correspondiente a la presidencia de Alvear, la que estuvo a cargo de una Comisión de destacados juristas entre los que se encontraban Lafaille, Tobal, Repetto, Bibiloni que culminó del Presidente Alvear designando una Comisión de Juristas presidida por el Dr. Repetto e integrada por Rivarola, Lafaille, Martínez Paz, Tobal, Rey y Juan Antonio Bibiloni, quien formuló el anteproyecto en 1929, que fue considerado y reformulado por la comisión que lo entrega al Poder Ejecutivo en 1936; y el de 1954 formulado por Joaquín Lambías.(Dumon, 2014)

Es necesario destacar que la motivación principal estuvo dada por la actualización de diversos institutos que necesitaban ser remozados para una adecuación a los nuevos tiempos. Se fueron incorporando diversas leyes de carácter parcial, a los fines de dicha instancia. La más destacada por su envergadura fue la del año 1968, llevada a cabo por el Dr. Guillermo Borda y su equipo de juristas.

Se debe resaltar asimismo que desde el año 1986 en el seno del poder legislativo se viene gestando una inclinación hacia la unificación de la legislación en materia civil y comercial, que tuvo antecedentes tanto en el escenario nacional e internacional con incidencia en ciertos países como Suiza e Italia.

Por su parte, es digno recordar que el Código de Comercio, fue redactado por Acevedo y Vélez Sarsfield, data de 1862.

5.1. El régimen de las personas por nacer en el Proyecto

Proyecto Original

El mismo, ha sido redactado por una Comisión Honoraria que fue conformada por destacados Juristas convocados por el Poder Ejecutivo Nacional la que integraron los doctores Hector Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Mendez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. (Dumon, 2014)

Es dable recordar que el Proyecto va precedido de un título que se denomina Fundamentos, en donde hace alusión a la no discriminación, sobre todo en la temática de los embriones, evitando su destrucción o cualquier tipo de experimentación que ponga en riesgo su vida o integridad, evitando su comercialización.

El 20 de noviembre de 2013, el anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el Decreto presidencial 191 del 28 de febrero de 2011 ha sido objeto de un dictamen por parte de la Comisión Bicameral, llegándose a su aprobación por parte del Senado, al lograrse la media sanción de ley. En el referido dictamen, la Comisión Bicameral efectuó una revisión del texto original del proyecto remitido al Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo Nacional y efectuó diversas modificaciones (tanto adecuaciones de fondo como de forma). Con tal finalidad se ha emitido una nueva versión del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (Merlo, 2013)

Reforma del Proyecto

El Proyecto de Reforma propone la unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

En el Art. 19 se entiende que el inicio de la existencia de la persona humana comienza a partir de la concepción en el seno materno (según la versión originaria del Código Civil). Con respecto a las técnicas de reproducción asistida, comienza con la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. Asimismo, en el referido cuerpo normativo se prevé un doble Régimen para el inicio de la vida según la modalidad en que la persona haya sido gestada. Si la misma se produjo por vía natural es decir mediante la unión sexual, la vida comienza desde la concepción. Si en cambio se produce mediante lo que el proyecto denomina “técnicas de reproducción humana asistida”, la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano. (Centro Bioética, 2012)

La Academia Nacional de Medicina se ha pronunciado sobre el inicio de la vida, lo que se produjo durante un plenario académico, llevado a cabo el 30 de Septiembre de 2010, en donde se estima que el niño por nacer, desde una postura científica, ello se origina a partir del momento de la concepción. Lo que se consolida con lo que dispone la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con rango constitucional. En el supuesto caso que se disponga la desaparición, destrucción o manipulación de cualquier embrión, se estaría impidiendo el nacimiento con vida de cualquier ser humano. El criterio médico que se ha seguido, es el de defensa de la vida, a partir del momento de la concepción. En dicho sentido quedaría comprendido el conocido como el derecho a ejercer la objeción de conciencia, en virtud del cual no

puede el profesional médico ser compelido a efectuar actividades que vayan en contra de lo que el comprende como su concepción ética o cualquier formación religiosa, en virtud de lo que disponen los Arts. 14, 19 y concs. del Código Civil.

En consecuencia, los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedarían arbitrariamente desamparados a pesar de la referencia que se hace en la última parte del artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección, máxime a la luz de los proyectos que sobre fecundación artificial se encuentran hoy en debate en el Congreso Nacional.

Entre los puntos favorables del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo sobresale la necesidad de la actualización de la temática, por eso la búsqueda de la opinión de juristas sobresalientes, que ya habían trabajado en el tema y contaban con proyectos previos. Además, la metodología con una parte general, combinando con normas particularizadas se inscribe coherentemente con nuestros antecedentes de reforma.

Los textos del Proyecto se refieren a varios Artículos, pero entre los mismos se destaca el Art. 19 referido al comienzo de la existencia de la persona humana, la que se produce a partir de la fecundación, sea que ésta se produzca mediante la fecundación natural, o que sea efectuada a través de las técnicas de reproducción artificial. Se evidencia en el texto una modificación con respecto al texto del Anteproyecto porque el Proyecto del Ejecutivo hizo un agregado en la parte final “sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Los dos textos tienen puntos de coincidencias al efectuar una distinción en cuanto al reconocimiento y por lo tanto le conceden un disímil tratamiento jurídico por una parte el embrión humano que surge de manera natural en el seno materno y

aquel que se produce a través de las técnicas de fecundación asistida. Con respecto al nombrado en primer término, se le concede la atribución de persona humana a partir de su fecundación, y con relación al segundo se le atribuye dicha aptitud desde que comienza a existir, y aunque no se origine la implantación en el útero. (Tale, 2013)

Código Terminado

Se puede expresar que el artículo 19 no guarda compatibilidad con cierto articulado del Proyecto a saber el Art. 17, en donde se puede interpretar vinculado con otras partes del Proyecto. De esta manera los embriones no implantados pueden ser considerados como cuerpo humano.

En el nuevo Art. 20 que se refiere a la duración del embarazo, como así también a la época de la concepción. En dicho articulado se menciona únicamente a la concepción, dejando de lado toda alusión a las técnicas de reproducción artificial o el proceso de implantación. Por lo tanto, lo que debe definirse es si dicha norma es adaptable a la mayoría de los niños o si los niños que fueron concebidos a través de las TRA deben examinar la extensión del embarazo, mediante otra modalidad.

CONCLUSIONES PARCIALES

Con relación al texto del Proyecto, se ha avanzado, contándose ya con la media sanción del mismo por parte del Senado de la Nación, se han efectuado diversas modificaciones con relación al texto primigenio, particularmente respecto de

la existencia de la persona humana, (Art. 19 del proyecto), técnicas de reproducción humana asistida, derecho a la identidad y régimen de adopción.

En cuanto al comienzo de la existencia de vida humana, ya desde el anteproyecto existían disímiles críticas por darse un tratamiento diferente al embrión implantado y al embrión invitro. Como consecuencia de ello se ha producido un profundo debate que se ha extendido en diversos niveles de la sociedad, ya que frente a esta nueva realidad que vivimos, en donde la ciencia no deja de sorprendernos con sus avances, se hizo necesario tratar este tema por separado. Si razonamos que en ambos casos la existencia de una persona comienza con la concepción, permitiendo al tema un tratamiento común, induciría grandes cambios en lo concerniente al empleo de las TRA, ya que esos embriones serían considerados personas estén o no implantados en el seno materno. Los legisladores, que tendrán en cuenta los variados requerimientos del pueblo, no deben olvidarse que el embrión no implantado no es una cosa. Pero hasta el momento no se han preocupado por darles protección sino que se han dedicado a satisfacer en gran medida los deseos e intereses de los adultos.

CONCLUSIONES GENERALES

El estado jurídico del embrión humano ha sido elegido para su consideración y tratamiento en este Trabajo Final de Grado por ser un tema de relevante actualidad, sobre todo partiendo de la base que nuestro país no cuenta con un marco normativo específico para el mismo. Lo referido ha conducido a diversas especulaciones e interpretaciones, en especial con relación a los efectos jurídicos que hoy en día presenta la manipulación genética. En la actualidad adquiere mayor trascendencia, juntamente con el progreso y avances de la ciencia y la tecnología. Obtiene mayor difusión por el imperio de los medios de comunicación y de la informática.

Nuestro Codificador el insigne jurista Dalmacio Vélez Sarsfield al elaborar la redacción de nuestro Código Civil se ha referido a la temática de la persona por nacer, marcando aspectos relevantes en su desenvolvimiento, tales como el comienzo de la existencia de la persona. Hizo hincapié en el momento a partir del cual debe tener por acreditado su inicio, determinó que el mismo, era el momento de la concepción en el seno materno.

Una cuestión que no debe dejar de ser considerada es la referente a la naturaleza jurídica del embrión humano, debiendo delimitar su estado jurídico, y por lo consiguiente, si el mismo consigue protección legal. Además, es menester, examinar las posturas que se advierten en la doctrina nacional en lo referente a la demarcación del comienzo de la existencia humana.

La jurisprudencia nacional no ha dejado de tratar esta temática, en diversos fallos, se ha elegido de manera ilustrativa uno para su consideración (1).

1 para una mayor ilustración se lo acompaña en un Anexo a la presente investigación

A través de los fallos se plasma la orientación más moderna de los especialistas, que han aludido al embrión, comparándolo con la persona que nace con vida, los derechos que este posee.

Se ha hecho mención además a si el embrión humano debe ser resguardado jurídicamente, y si son comprendidos como personas los embriones in Vitro. La confusión se encuentra en la estimación que se le concede a la fecundación extracorporal, como precisamente también a las de las manipulaciones embrionarias, las que ya se han comenzado a ejecutarse.

Si bien el avance de la ciencia y la tecnología han otorgado la posibilidad de dar vida a través de las nuevas técnicas que aparecieron para tal fin, vemos que en la práctica muchas veces el uso de las mismas resulta contradictorio. Ello ha posibilitado en consecuencia la muerte de muchos embriones que no serán implantados, o que son previamente discriminados, luego de estudios realizados sobre ellos, por resultar defectuosos. Se viola así un derecho que sin dudas es el más importante y que no debería ser vulnerado en ninguna forma, y que además es reconocido tanto en el derecho nacional como internacional, que es el derecho a la vida, y que cada individuo posee desde su concepción.

Es importante recordar, que las disposiciones contenidas en el ordenamiento, relativas a este asunto, son acordes a la época vivida por el codificador, quién en aquel momento ni siquiera pudo imaginar la posibilidad de generar vida humana fuera del seno materno.

Cuando se detalla un lugar determinado en donde transcurre la concepción, dicho articulado es expreso, no puede hacerse referencia a los óvulos cuya fecundación sea producida de manera extracorpórea.

Considero que es menester fijar cuándo se produce la concepción, si desde la

fecundación o desde la implantación del embrión (ya concebido) en el útero de la mujer. Cabe preguntarse entonces si las normas de nuestra legislación incluso las del proyecto, referidas a la concepción, y entendiéndola como “fecundación” son o serían aplicables a los concebidos mediante las TRA, cuando a través ellas la concepción se produce de manera extracorpórea, como en el caso de la fecundación In Vitro.

En base a lo expuesto concluyo que el hecho de que no haya un acuerdo en lo relativo al inicio de la vida humana, sino que se presenten diferentes posturas y opiniones trae aparejado consecuencias que no resultan positivas. Los embriones que fueron obtenidos por medio de dichas técnicas y no llegaron a ser implantados en el vientre de la mujer, constituyen un material biológico muy codiciado, y esto permitiría su comercialización y experimentación. Sin dudas llevaría también a la manipulación de los mismos, y a la modificación genética, convirtiendo todo, en artificial.

Estimar que la vida comienza con la concepción provoca una discusión sobre cuál es el fin que se les dará a los embriones “fabricados” mediante las TRA y que no han sido implantados, porque es preciso recordar que de todas formas estos son considerados personas, y que merecen protección por parte de todos.

El proyecto nada dice de los embriones crioconservados, y la gran pregunta es cuál sería el destino de ellos, cuando las parejas que han decidido “guardarlos”, se separan o mueren. De esta manera se deja, sin reglamentación alguna el futuro de estos embriones.

A pesar que la ley penal sanciona ciertas conductas que atentan contra la vida, podemos observar que en el caso de estos embriones “de laboratorio” a los cuales debe sin duda asignarse la calidad de personas, se está autorizando los abortos de

ellos, cuando son por ejemplo destruidos.

Otra consecuencia a remarcar que no se refiere directamente al embrión sino al cuerpo humano, es la cosificación del mismo, como en el caso de la mujer que alquila su vientre sin pensar que durante el periodo de gestación se está creando un vínculo entre el pequeño y su madre, el cual es innegable por cualquier mujer que ha dado a luz o que ha llevado, por pocos o muchos meses una vida dentro de su vientre. De tal modo opino que deben tenerse en cuenta muchas cuestiones que hacen a la afección no solo física sino psicológica y moral de esa persona por nacer.

En un tema de tanta actualidad y en donde confluyen, opiniones tan disímiles como posibles; nuestro sistema jurídico normativo resulta ser insuficiente para contener esta realidad científica, social y médica, de derivación irrefutable.

La conducta del legislador no debe ser objeto de confusión, lo que a menudo ocurre cuando incursiona en una falta de tratamiento, al no existir una protección particular con respecto al embrión humano. La falta de inclinación por una determinada posición implica, que lo relativo al resguardo de la vida humana sea ubicado desde un enfoque subjetivo, teniendo gran incidencia la opinión de cada uno.

Entiendo que debe ser la preocupación y la obligación de todo Estado proteger la vida desde la concepción, y no solo del ataque de los particulares, sino que cada Estado procure no ser él mismo quien lesione tan preciado derecho, al no reglamentar de manera adecuada, postergando su tratamientos mediante la elaboración de posteriores leyes más específicas sobre el tema. Urge dicha necesidad de reglamentación en todas estas cuestiones en las que hoy existe un vacío legal. La labor del legislador tiene que ser activa. Debe involucrarse con dicha temática, tendiendo siempre al resguardo del embrión humano para que no corran riesgos de destrucción, eliminación, comercialización y manipulación y cosificación.

El artículo 19 establece en su nueva versión que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción". Se dejaron de lado las figuras que preveían la fecundación post mórtem y la maternidad subrogada. En suma, no se ha efectuado un cambio fundamental al anterior Art. 70 que determina el momento de la concepción como aquel que determina el inicio de vida de la persona. Lo que sí se ha dejado de lado es el segundo párrafo, el que era considerando como indefinido y sujeto a equívocos, particularmente de aquellos embriones humanos gestados de manera artificialmente, a los que se les otorgaba personalidad jurídica cuando se produjo su introducción en el seno de la mujer.

ANEXO

Portal de Belén - Asoc. Sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción

Social de la República.

Sumarios:

1.- El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. El fármaco "Imediat" por producir el efecto de inhibir la implantación del óvulo, constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego.

2.- Todo método que impida el anidamiento debe ser considerado como abortivo condicionándose tal solución con el principio de pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos.

Suprema Corte:

-I A 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 otorgada para la fabricación y comercialización de una especialidad medicinal que, como uno de sus efectos, tiende a impedir que un óvulo humano fecundado anide en el útero materno, lo que constituye la muerte, por aborto, de un ser humano ya concebido.

A fin de probar el fundamento científico de su demanda, acompañó un informe producido por un especialista, explicativo de la acción del producto y adujo que el propio fabricante admitió -veladamente- que aquél tiene la virtualidad de actuar con posterioridad a la concepción, impidiendo el desarrollo normal de la persona humana, según surge de la interpretación que formuló del prospecto que adjuntó.

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.

-II A 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 que citaron-, entendieron, en esencia, que el ámbito restringido de la acción de amparo resultaba improcedente para ingresar al conocimiento y resolución de cuestiones que, como en el sub lite, requieren una mayor amplitud de debate y prueba.

Desde esta perspectiva, señalaron que la pretensión de la actora exige un

pronunciamiento acerca del trascendente tema del comienzo de la vida humana, de la concepción, que responda a los siguientes interrogantes: ¿la fecundación del espermatozoide y el óvulo constituye per se el acto de la concepción o el comienzo de la vida humana?, ¿se requiere para el inicio de la vida, la implementación o anidación del óvulo fecundado en el úteromaterno?.

Frente a la magnitud de los interrogantes y a la 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 pronunciamento, 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 el momento de la concepción, vulnerado por la acción farmacológica del "Imediat".

También aduce la existencia de cuestión federal, toda vez que se discute la inteligencia de las normas de jerarquía constitucional que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, del art. 43 de la Carta Fundamental y la validez del certificado 45.273 del M.S. y A.S., que aprobó la fabricación y comercialización del medicamento.

En ese contexto, desarrolla sus argumentos para demostrar que existen elementos objetivos, en la Constitución Nacional y en toda la tradición jurídica argentina, que

protegen siempre al ser humano "desde la concepción", independientemente 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 planteado oportunamente-, por resultar auto contradictorio, porque después de desestimar el amparo por considerar insuficiente la prueba, entienden que es abstracta el acta de la Comisión Nacional de Bioética; por contener afirmaciones dogmáticas-vgr. cuando señala que el embarazo de una mujer comenzaría con la anidación- y, finalmente, por prescindir de prueba dirimente -el informe de la citada comisión-.

-IV Cabe recordar que las sentencias que rechazan la 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 ocasionar el fallo recurrido hasta tanto aquélla se resuelva, se impone flexibilizar el cumplimiento del aludido requisito. Máxime, cuando sería aplicable la doctrina de V.E. en materia de gravedad institucional. En efecto, tal como tuve oportunidad de señalar in re: T.421.XXXVI. "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", con cita de Fallos: 257:132; 260:114; 295:376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros: "...el Tribunal ha reconocido que, en su función de intérprete y salvaguardia último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectividad y vigencia depende una adecuada convivencia social, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de 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 de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secre de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", resuelta el 24 de octubre de 2000, con sus citas).

-V Sentado lo anterior, es menester destacar que el Estado Nacional, en todas las instancias, ha sido representado por integrantes del Ministerio Público Fiscal, cuya titularidad superior ejerzo, circunstancia que impone precisar y delimitar mi intervención.

En efecto, a fin de poder cumplir fielmente con los deberes impuestos por el art. 120 de la Constitución Nacional, 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, "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 iudice, 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 admisibilidad formal del recurso extraordinario deducido, a fin de no afectar el derecho de las partes en virtud de una doble actuación de este Ministerio Público, pienso que en el sub lite, donde se halla en juego nada menos que el derecho a la vida, deben tener ineludible primacía los intereses que debo tutelar en atención al deber que me imponen los arts. 25, incs. b y g y 33, inc. a, ap. 5, de la ley 24.946 y, en consecuencia, expedirme en todo lo que concierne a ellos.

Máxime, cuando lo expuesto no significa en modo alguno afectar el derecho de defensa de las partes, una de las principales manifestaciones del debido proceso legal, principio cardinal por el cual también debo velar (conf. art. 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

-VI En esa inteligencia, advierto -en lo que es materia del recurso- que el aquo 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 como la incidencia que éstos hubieran podido tener sobre el final del

proceso.

Esta omisión en que incurre la sentencia es trascendental, ya que demuestra su deficiente fundamentación, pues, en casos como el de autos, los jueces no pueden limitarse a afirmar que el tema sometido a controversia requiere mayor debate y prueba, máxime cuando la parte interesada ni siquiera menciona los medios de los cuales se vio privada para fundar su posición, ni mantuvo el agravio ante la alzada (fs.138/143 vta.).

En segundo término, porque pese a las extensas consideraciones que formularon los magistrados en cuanto a la entidad de la prueba para fundar su decisión, en realidad, en 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. 8° 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 los jueces de la causa y que el amparo no tiene por fin reemplazar a los medios ordinarios para la solución de controversias (Fallos:

320:2711), pero considero que, en casos como el sub examine, por la trascendencia de los derechos comprometidos, es necesarios evitar decisiones que -como la recurrida- con excesivo rigor formal, desatiendan la pronta resolución de asuntos que pueden afectar al derecho a la vida, cuya defensa es misión ineludible de todos los poderes de la República.

Al respecto, cabe recordar que, en oportunidad de dictaminar en la citada causa T.421.XXXVI, esta Procuración General sostuvo que nuestro país ha dado rango constitucional 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: “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 entelequia (“...desde la concepción...”) sino que responde -y debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta (conf. Dictamen citado).

Es por ello que su tutela legal para ser real y efectiva, debe empezar desde el momento en que el individuo vive, es decir, desde la vida intrauterina, porque,

siempre según mi modo de ver, es claro también que esa protección se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aún.

Lo expuesto reafirma la necesidad de adoptar resoluciones, en forma expedita, por parte de los jueces, que resulten aptas para dilucidar cuestiones como las que se debaten en el sub lite, sin obstáculos de índole formal que 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.

Buenos Aires, 24 de abril de 2001.

NICOLAS EDUARDO BECERRA

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:

1º) 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.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la

Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 de La ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil).

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

4°) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.

En este sentido, la disciplina que estudia sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación" (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas).

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

n° 173, Madrid, enero 1980).

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

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

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).

7°) Que asimismo, "es un hecho científico que la 'construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues 'El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles'" (conf. Salet Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza"

publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del premio Nobel de medicina Jacques Monod, causa "T., S." disidencia del juez Nazareno Fallos: 324:5).

8º) Que, en forma coincidente con este criterio se expidió, por abrumadora mayoría, la Comisión Nacional de Etica Biomédica integrada entre otros por un representante de la Academia Nacional de Medicina a solicitud del señor ministro de Salud y Acción Social con motivo de la sentencia dictada en primera instancia en las presentes actuaciones (fs. 169). Ello fue denunciado por la actora como hecho nuevo, cuyo tratamiento fue considerado inoficioso por la cámara. No obstante, corresponde asignar a dicho informe un valor siquiera indiciario.

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

10) Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la

imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros).

11) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano.

Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa

Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). 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 cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

13) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía

constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada).

14) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Además tod considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido".

15) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O.C. 11/90, párrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos:

319:2411, 3148 y 323:4130).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica , que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat" (art. 16, segunda parte, ley 48).

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 Freytes 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 como procedimiento constitucional por la reforma de la Ley Suprema de 1994, en el nuevo texto del art. 43-, está excluida por la existencia de otro medio judicial más idóneo, y supone la necesidad urgente de restablecer los derechos esenciales afectados, lo que requiere una decisión más o menos inmediata.

De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya elucidación requiera un debate más amplio y no se regularice por aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de las posibilidades probatorias del proceso, y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, calificación ésta que, por definición, es la que no requiere 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.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ANDORNO, R (2004) El embrión humano. ¿Merece ser protegido por el derecho? Recuperado el 10/05/2004 de:
www.bioeticaweb.com/content/view/140/739/

ANDRUET, Armando S (h), CARDONE, Atilio J. y OSSOLA, Federico A. (2003). *El inicio de la vida humana*. Córdoba, Universidad Católica de Córdoba.

BAIGORRIA, C; SOLARI, N. (1994) El derecho a la vida en la Constitución Nacional: ¿Desde la concepción o desde el embarazo? LA LEY 1994. Tomo E. P.1168

BARRA, Rodolfo Carlos (1996), Embriones expósitos, LA LEY 1996-D, 1271.

BASSET, Ursula C. (2008), En el estado de derecho, la tutela de la vida no admite excepciones. ED, 229-698.

BASSO, Domingo (1993) *Nacer y Morir con Dignidad – Bioética*, 3ª Ed. Ampliada, Buenos Aires. Depalma.

CALLEJA, Valeria; SOLNICKI, Sabrina. Crió preservación de Embriones

Humanos. Una propuesta fundada de legislación para Argentina. Recuperado el 07/07/2014 de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona15/15Calleja.htm>

CANALES, Patricia y LOISEAU, Virgine. (s/f) El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia. Recuperado el 25/07/2014 de http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf.

CARUBINI, Delia y otros (1993) “*El desarrollo cultural de los pueblos*”. Córdoba, Horacio Elías Editora.

CAVAGNARO, Victoria, (2008) Control Internacional de la Convención sobre los derechos del niño: labor del comité de los derechos del niño. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: sobre el derecho a la vida. Recuperado el 26/07/2014 de <http://www.saij.jus.gov.ar> .

CENTRO DE BIOÉTICA. Inicio de la vida humana. Serie: Proyecto de Código Civil 2012 Recuperado el 28/07/2014 de <Http://www.centrodebioetica.org/2012/09/iniciose-la-vida-humana/>

COCCA, Aldo Armando (1984). “*Nacer con dignidad (Manipulación del embrión humano)*”. LA LEY 1984-C, 1127.it y en “*el Estatuto Jurídico del embrión humano*” ED-184-1453, Sagúes Néstor P.

DEMIZ, Graciela Isabel (2011) Los derechos humanos básicos a respetar en el umbral de la muerte. Revista pensamiento penal. Recuperado el 22/09/2014 de <http://www.new.pensamientopenal.com.ar/010132011/doctrina05.pdf>

DUMON, José G. (2014) Proyecto de unificación del código civil y su historia Recuperado el 21/09/2014 de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/clgeneral/historia.html>

ERAZO BUSTAMANTE, Silvana E. (s/f). La vida como derecho fundamental de las personas. Recuperado el 15/09/2014 de http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10306.

GABARDI, María Virginia (2010) Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación. Investigaciones Universidad de Belgrano. Recuperado el 20/07/2014 de: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf

JIMENEZ GARROTE, José L. (s/f) Nuevas formas de reproducción humana. Recuperado el 24/09/2014 de <http://cbioetica.org/revista/51/510811.pdf>

JUNYENT BAS, Francisco y otra (s.f) “Anticoncepción de Emergencia”:la píldora del día después”/ Reecuperado el 30-10-2014- de www.acaderc.org.ar/doctrina/

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (2006), “*Técnicas de procreación humana*.”

Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida” (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos", Buenos Aires, 15 de agosto.

LEÓN CORREA, Francisco (2007) El diálogo bioético en las técnicas de reproducción asistida. Recuperado el 5/9/2014 en <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v13n2/art02.pdf>

MC NALLY, Ana M (s/f) Fallo Portal de Belén. Recuperado de <http://derechonatural.tripod.com/ponencias/portaldebelen.htm>.

MERLO, Leandro (2013) El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de derecho de familia tras la media sanción del Senado. Recuperado el 09/09/2014 de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/12/09/el-proyecto-de-unificacion-de-los-codigos-civil-y-comercial-en-materia-de-derecho-de-familia-tras-la-media-sancion-del-senado/>

RÍOS OSORIO, Soledad (s/f) Aspectos técnicos de la reproducción asistida. Recuperado el 20/08/2014 de <http://www.udea.edu.com/portal/page/portal/.../aspectostecreproduccion.pdf>

TALE, Camilo (2013) Propuestas de modificaciones al proyecto de código civil y comercial de 2012. Observaciones sobre el proyecto del Código. Recuperado el 22/09/2014 de <http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/propuestas-de-modificaciones->

[al-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-2012.](#)

LEGISLACIÓN

Código Civil de la República Argentina

| Ley 23. 262

JURISPRUDENCIA

C. Nac Civ, Sala I – 3/12/1999. Recuperado el 19/09/2014 de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-a-la-vida-y-el-comienzo-de-la-vida/at_download/file