



UNIVERSIDAD  
EMPRESARIAL  
SIGLO 21

*UNIVERSIDAD EMPRESARIAL*  
*SIGLO 21*

**TRABAJO FINAL DE GRADUACION ABOGACIA**

*El comienzo de la existencia de la persona humana  
en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*

---

Carlos Alberto Blomberg

- SEPTIEMBRE DE 2016 -

## **RESUMEN**

*Hasta hace no mucho tiempo, la procreación era parte de un orden biológico natural. En la actualidad, el panorama se presenta de un modo más complejo, ya que desde hace algunas décadas la ciencia generó la posibilidad de una fecundación fuera del útero, es decir, “extrauterina”, cuyas implicancias jurídicas obligan a esta altura de los acontecimientos a no mantenerse neutral.*

*De este modo, se esperaba que con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial se lograra una importante definición y precisión sobre el tema. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 63 del Código de Vélez Sarsfield, contenida en el artículo 19 del nuevo C.C. y C, que pasó por dos etapas previas antes de su definitiva sanción, para finalmente establecer que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, permite que entren en juego varias interpretaciones, debido a que no aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por Técnicas de Reproducción Humana Asistida o T.R.H.A. Es por eso que creo relevante, dejar expuestas las líneas interpretativas que subyacen al conflicto que genera la norma reformada, como así también, las consecuencias de la adopción de una u otra postura, en virtud de los derechos humanos en juego.*

*Palabras Claves: personalidad del embrión humano, concepción uterina y extrauterina, nuevo Código Civil y Comercial, derechos del embrión*

## **ABSTRACT**

*Until not long ago, procreation was part of a natural biological order. Today, the picture is presented in a more complex way, since some decades science generated the possibility of fertilization outside the womb, ie "extrauterine" whose legal implications require this level of events to not remain neutral.*

*Thus, it was expected that with the enactment of the New Civil Code and Commercial an important definition and precision on the subject was achieved. However, the new wording of Article 63 of the Code of Velez Sarsfield, contained in Article 19 of the new C.C. and C, which went through two previous stages before final sanction, to finally establish that "the existence of the human person begins at conception" allows to come into play various interpretations, because it does not clarify what is meant by conception when it comes to people born by Assisted Human Reproduction Techniques or TRHA. That's why we believe relevant interpretative lines expose the underlying conflict that generates the reformed standard, as well as the consequences of adopting one or another position under human rights at stake.*

*Key Words: personality of the human embryo, uterine and extra-uterine conception, new Civil and Commercial Code, rights of the embryo*

# Índice

<b>Introducción</b> .....	6
<b>Capítulo I: “Las teorías acerca del comienzo de la vida humana”</b> .....	13
1. El comienzo de la vida humana: El procedimiento biológico.....	13
2. El desarrollo embrionario: fases y teorías.....	16
3. Las principales teorías acerca del comienzo de la vida humana.....	20
<b>Capítulo II: “El momento del nacimiento de la personalidad jurídica”</b> .....	26
1. El status jurídico del embrión humano en Argentina. La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. El principio <i>pro homine</i> .....	27
2. Las diferentes formas de concepción y los derechos humanos en juego.....	31
3. La “concepción” en el Código Civil de Vélez Sarsfield.....	44
<b>Capítulo III: “El momento de la “concepción” y el status jurídico del embrión en el Derecho Comparado”</b> .....	49
1. El inicio de la persona humana. Sistemas a nivel internacional.....	51
2. Análisis de algunas legislaciones en particular.....	52
<b>Capítulo IV: “El momento de la concepción en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”</b> .....	67
1. Los antecedentes de la reforma. El Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 y el momento de la concepción.....	68
2. El nacimiento de la persona humana en el Código Civil y Comercial unificado. Diferentes interpretaciones que surgen de la doctrina nacional.....	74
3. La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina y el momento de la concepción.....	86
<b>Capítulo V: “El estatus jurídico del embrión humano en la jurisprudencia”</b> .....	88

1. La interpretación de la CIDH del término “concepción” en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.....	89
2. La jurisprudencia argentina y el estatus jurídico del embrión humano frente al vacío legislativo.....	101
<b>Conclusión.....</b>	<b>108</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>115</b>
a. Doctrina.....	115
b. Legislación nacional.....	122
c. Tratados Internacionales.....	122
d. Legislación extranjera.....	123
e. Jurisprudencia.....	123
f. Tribunales Nacionales.....	123
g. Tribunales Extranjeros.....	124

## Introducción

Hasta hace no mucho tiempo la procreación era considerada parte de un orden biológico natural, cuyas tres simples etapas eran "concepción intrauterina, embarazo y nacimiento". En la actualidad, el panorama se presenta por completo distinto y de una mayor complejidad, ya que desde hace algunas décadas se generó científicamente la posibilidad de una fecundación fuera del útero, es decir, "extrauterina", cuyas implicancias jurídicas obligan a esta altura de los acontecimientos a no mantenerse neutral.

De este modo, se esperaba que con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial se lograra una importante definición y precisión sobre el tema, el que necesariamente nos conduce al planteamiento de la siguiente cuestión: negar o admitir la personalidad del embrión fecundado fuera del útero mediante las denominadas *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (T.R.H.A.). De ahí, que el comienzo de la persona humana y la personalidad del embrión *in vitro*, sean unos de los temas más trascendentes de la reforma que entró en vigencia en nuestro país el 1º de agosto del 2015 tras la sanción de la ley 26.994.<sup>1</sup>

Pero de la revisión de los antecedentes legislativos pude observar, que la nueva redacción del artículo 63 del Código de Vélez Sarsfield contenida en el artículo 19 del nuevo C.C. y C, pasó por dos etapas previas antes de su definitiva sanción para finalmente establecer que "La existencia de la persona humana comienza con la concepción", lo que permite que entren en juego varias interpretaciones ya que no aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por T.R.H.A; redacción que no sólo

---

<sup>1</sup> Ley 26.994 del 1º de octubre de 2014, entrada en vigencia el 01/08/2015. Código Civil y Comercial de la Nación, recuperada el 7/5/2015 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>

difiere de la del antiguo Código Civil, sino también del proyecto de reforma previsto para ese cuerpo normativo en el año 1998.

Si nos remitimos al ahora antiguo artículo 70 del Código Civil de la Nación<sup>2</sup> redactado por Vélez Sarsfield (1871), este preveía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de producirse su nacimiento, pueden adquirir derechos como si ya hubiesen nacido, quedando los mismos irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacen con vida aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

La referencia a la concepción como acaecida en el seno materno, se correspondía con los conocimientos propios de la época de la sanción de dicho Código, destacándose, en ese sentido que, en orden al nacimiento con vida, requisito de validez en la adquisición de derechos por el nacido, podía producirse de modo natural (nacimiento espontáneo, artículo 71 del Código Civil<sup>3</sup> o por vía quirúrgica (Carranza Latrubesse, 2014).

A su vez, según el artículo 19° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,<sup>4</sup> la existencia de la persona humana comienza con la concepción, siguiendo, de este modo, la tradición jurídica del artículo 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield anteriormente mencionado, aunque quitando la alusión o referencia al “seno materno” como ámbito en donde ocurre dicha concepción, único lugar, además, que era posible mencionarse en la época de redacción del antiguo Código. Con la observación, a su vez, de que en el texto finalmente sancionado por la ley 26.994, se suprimió la segunda parte que contenía el Proyecto elevado al Honorable Congreso de la Nación<sup>5</sup>, la que especificaba que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza la existencia de la persona humana con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. En este sentido, la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación<sup>6</sup>, integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos señalados por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/201, señaló que *“tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión*

---

<sup>2</sup> Ley 340 del 1° de enero de 1871. Código Civil de la Nación, recuperado el 5/6/2015 de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

<sup>3</sup> Ley 340 del 1° de enero de 1871. Código Civil de la Nación, recuperado el 5/6/2015 de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

<sup>4</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación, entrada en vigencia el 1/8/2015 conf. art. 1° ley 27.077

<sup>5</sup> Comisión de reformas designada por Decreto 191/2011, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>, recuperado el 20/08/2015

<sup>6</sup> Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Comisión de Reforma Decreto 191/2011, Recuperado el 20/08/2015 de <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>

*sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.*

Siguiendo con la normativa del nuevo Código Civil y Comercial<sup>7</sup> (Ley 26.994), vemos que la novedad –y a mi criterio el punto de conflictividad– aparece luego con el artículo 21 del mismo, ya que indica que los derechos y obligaciones del *concebido o implantado* en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Se establece, de este modo, una distinción entre el concebido, que según el artículo 20 del Código Civil y Comercial unificado es el fruto del embarazo, ya que concepción es el lapso que media entre el mínimo y el máximo tiempo del embarazo, y el implantado, que será el concebido de otro modo que el indicado (Carranza Labrubesse, 2014).

Y digo de conflictividad, porque se puede apreciar que la interpretación que la doctrina hace de este punto de la reforma al derecho civil es dispar, y en muchos casos, opuesta, lo que deja entrever que ante los diferentes planteos que se puedan presentar las soluciones pueden ser disímiles, y esto es, justamente, lo que entiendo la nueva normativa debería haber evitado.

Completa el esquema normativo la ley 26.862 de *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida*<sup>8</sup> y su *Decreto Reglamentario N° 956/2013*<sup>9</sup>. Esta ley, otorga igualdad en el acceso a todas las personas a las técnicas de reproducción humana asistida, sin distinción de sexo y estado civil alguno. Además, para la misma, la persona también comienza con la implantación en el útero y no confiere calidad de persona al embrión *in vitro*.

De este modo, la doctrina se enfrenta ante la reforma con opiniones disímiles respecto de este tema. Un grupo de autores, entre los que destacamos a Eleonora Lamm (2014), Marisa Herrera (2014), Jáuregui y Mc Donnell (2012) – entre otros-, opinan que con la sanción del nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y la incorporación de las normas concernientes a la regulación de la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se genera un sistema cuya conclusión es la “no personalidad” del *embrión in vitro*; y que, a pesar de la ambigua redacción que se observa en dicho artículo, la misma se encontraría sorteada si se realiza

---

<sup>7</sup> Ley N° 26.994 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>8</sup> Ley 26.862 del 25 de junio de 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida , recuperada el 7/5/2015 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

<sup>9</sup> Decreto N° 953/2013, reglamenta la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, recuperado el 7/5/2015 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

un análisis sistémico del nuevo Código Civil y Comercial y de las leyes complementarias – tales como la 26.862- y de voces autorizadas como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otros doctrinarios como Darío Bergel (2014), sostienen que hubiera sido importante elaborar un texto legal que sea compatible con los principios de orden superior, tal como sería la dignidad humana, ya que no necesariamente deben coincidir los criterios científicos con las normas reformadas. Del mismo modo, Carranza Latrubesse (2014) también expresa su opinión contraria a la reforma, fundamentando que cuando se produce la unión de los gametos femenino y masculino, cualquiera sea el ámbito en que se logre la misma, produce una vida humana, y que en ella está la indisoluble unión del cuerpo y el alma. En tanto vida y en tanto ser –continúa el autor-, la calidad de persona no se extingue mientras se mantenga la expectativa de vida, cualquiera sea la técnica que se emplee para mantener su latencia. No obstante, se encuentran autores enrolados en una posición intermedia y más conciliadora respecto del problema planteado, tales como Stein y Bertoldi de Fourcade (2005), quienes postulan que la no consideración del “preembrión” como persona, no significa negarle la protección jurídica que merece, lo cual puede lograrse mediante la sanción de una ley que evite los excesos proscribiendo prácticas que se consideren disvaliosas y, a su vez, que permitan el avance científico.

Sin duda, un fallo trascendente sobre el tema en estudio –y que ha generado controversias respecto a si la jurisprudencia sentada en el mismo debe ser seguida por nuestros tribunales o no-, es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica” (2012)<sup>10</sup>. El citado Tribunal, entre otros argumentos, sostuvo en el mismo que por “concepción” debe entenderse “implantación”, por lo tanto, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de persona al que alude el artículo 4.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>11</sup> De ahí, que el citado organismo sostenga que las técnicas de fertilización *in vitro* son válidas y deben permitirse y regularse debido a que posibilitan el cumplimiento de otros derechos, tales como, la vida íntima y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; como así también, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

---

<sup>10</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>11</sup> OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, 7/11/1969, recuperado el 19/7/2015 de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm), recuperado el 20/08/2015

A su vez, en el derecho interno son relevantes los precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>12</sup>, respecto del derecho a la vida desde la concepción; como así también, otros más recientes y de otros tribunales nacionales<sup>13</sup> que se han expedido respecto del *status* jurídico del embrión humano y su protección.

Es por lo expuesto, y ante este nuevo escenario legislativo y jurisprudencial que atraviesa la vida cotidiana de los ciudadanos, que considero relevante constituir como problema de investigación del presente trabajo el análisis; ¿Constituye el art.19 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación un avance o un retroceso legislativo al establecer que el comienzo de la persona humana acontece con la concepción?

Asimismo, considero importante dejar expuestas las líneas interpretativas que subyacen al conflicto que genera la norma reformada, como así también, las consecuencias de la adopción de una u otra postura en virtud de los derechos humanos en juego. Y esto, porque es justamente la protección del más débil la que debe convocar, y la que en las últimas décadas ha convocado también a un vasto sector de la doctrina, generando encendidos debates, no sólo jurídicos, sino también científicos, bioéticos, filosóficos, religiosos, biotecnológicos, etc.; que ha producido, a su vez, diversos conflictos, los que se han resuelto aplicando diferentes criterios a falta de una normativa precisa que arroje luz sobre este tema tan importante como es el reconocimiento de la personalidad del embrión humano no implantado.

Con este cometido, serán también objetivos de esta investigación, en primer término, comparar las diferentes posturas doctrinarias, científicas y en general interdisciplinarias, acerca del momento de la concepción del ser humano. Posteriormente, se indagará la evolución del derecho nacional y el comparado en esta materia, específicamente, en lo concerniente al momento del nacimiento de la personalidad jurídica del ser humano y en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA); se puntualizarán, también, los antecedentes previos a la reforma al Código Civil y se consultará, asimismo, la jurisprudencia, tanto nacional como

---

<sup>12</sup> Fallos CSJN, “Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación” p. 709, XXXVI, 5/03/2002, recuperado el 14/07/2015 de <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601> y CSJN, “Tanus, S.”, Fallos 324:5 (2001), recuperado el 12/10/2015 de <http://www.notivida.org/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html>

<sup>13</sup> Fallos: Cám. Fed. Apelac. Mar del Plata, “P. D. y otro c/OMINT”, 14/05/2012, Ed. Microjuris.com, MJ-JU-M-73426-AR, MJJ73426, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/17/en-caso-de-existir-embriones-sobrantes-luego-de-la-fertilizacion-in-vitro-debe-procederse-a-su-inmediata-crioconservacion/>; Juzg. Fed. En lo Civil y Com. y Cont. Admtr. de San Martín, “G., Y.S. c/O.S.D.E s/Prestaciones Médicas”, 16/09/2014, <http://www.cij.gov.ar/nota-14065-Fallo-ordena-a-una-prepaga-a-dar-cobertura-integral-de-un-estudio-y-un-tratamiento-m-dico.html>

extranjera, reflexionando acerca de los diferentes conflictos de derecho que ha suscitado el avance científico y tecnológico en la materia que nos ocupa. Por último, será también otra meta, elaborar interpretaciones posibles del nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, en relación con otras normas previstas en dicho cuerpo normativo, como así también, con el resto del ordenamiento jurídico nacional y supranacional y analizar las consecuencias de las mismas en función del nivel de conflictividad que puedan generar. Todo lo expuesto, teniendo como punto de partida de la realización del presente, la siguiente hipótesis de investigación: que el artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial, tal como quedó redactado, al no diferenciar la concepción dentro o fuera del útero y de su interpretación conjunta con el artículo 21 de dicho cuerpo normativo, genera una discriminación, ya que el concebido dentro del útero goza de derechos desde la concepción que coincide con la implantación en el útero, mientras que en la concepción *in vitro* o extrauterina sus derechos, tal como surge del citado artículo 21, comienzan desde la implantación en la mujer y no desde la concepción.

Motivan y guían también el presente trabajo, los siguientes cuestionamientos acerca del tema en estudio: ¿Da tutela suficiente el nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación al decir que el comienzo de la persona humana acontece desde la concepción?; ¿Cómo debe interpretarse el momento de la concepción en el caso de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)?; ¿En cuál corriente se enrola la nueva legislación, en la que entiende por concepción el momento de encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide o en la que entiende por concepción el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero?; ¿Cuáles son las consecuencias de adoptar una u otra postura?; ¿Cómo se interpreta el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con los artículos 561 y 2279 de dicho cuerpo normativo y de otras normas nacionales y supranacionales?; y por último, ¿Qué opina la doctrina, tanto nacional como extranjera, sobre el tema en estudio?.

Para dar respuesta a estos interrogantes, como así también, al problema de investigación planteado, en el primer capítulo del trabajo abordaré las teorías acerca del comienzo de la vida humana, indagando específicamente los aspectos biológicos de la fecundación humana, el desarrollo embrionario y sus fases. También haré una breve síntesis de las diferentes teorías que se han esbozado hasta la actualidad respecto del fenómeno citado, particularmente, me referiré a la teoría de la fecundación, a la de la anidación, a la de la segmentación y a la de la formación de los rudimentos del sistema

nervioso central; como así también, a la noción acuñada por algunos científicos ingleses de “pre-embrión”.

En el Capítulo II y III, profundizaré el estudio del momento de la adquisición de la personalidad jurídica y del status jurídico del embrión humano, analizando las normas tanto nacionales como extranjeras; a su vez, será importante en esta instancia, destacar y reflexionar acerca de los derechos humanos que entran en conflicto, según las posturas que se adopten respecto de la condición jurídica asignada al embrión en función de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida.

En el siguiente Capítulo IV, es el momento de enfocarme en lo que es el núcleo central de mi investigación: la reforma operada al Código Civil de Vélez Sarsfield a través de la unificación de la legislación Civil y Comercial nacional, en lo que hace al momento del nacimiento de la personalidad jurídica y demás cuestiones que se incorporan con esta nueva normativa y que se relacionan con la misma (como es el caso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Será pertinente en este capítulo consultar la opinión de los doctrinarios sobre el tema, ya sea desde una perspectiva jurídica como bioética.

Por último, en el Capítulo V, haré un análisis de la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, a través del examen de los diferentes pronunciamientos acerca del momento de la concepción, de la condición jurídica del embrión y de otros conflictos que en las últimas décadas se han producido con motivo de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, teniendo en cuenta el vacío legal y la falta de definición que aún encontramos en nuestra legislación sobre el tema.

Finalmente, luego de la investigación abordada desde las diferentes aristas que surgen del problema de investigación, estaré en condiciones de elaborar una conclusión que pueda arrojar luz acerca de la interpretación más adecuada del nuevo artículo 19, en concordancia con el resto del espectro normativo argentino, tanto nacional como supranacional; como así también, evaluar si la reforma introducida al artículo 70 y concordantes del Código Civil de Vélez Sarsfield constituye un avance o un retroceso legislativo.

# Capítulo I

## “Las teorías acerca del comienzo de la vida humana”

El presente capítulo tiene por finalidad, explicar brevemente el momento biológico en que se produce la fecundación humana, como así también, las distintas fases por las que atraviesa el desarrollo del embrión humano. La cuestión del embrión humano es un tema crucial, ya que, esencialmente lo que se pone en discusión, es una visión más o menos humanista de la vida. Es decir que el desarrollo del presente capítulo es necesario a los fines de poder determinar si existen o no razones para excluir al embrión humano no implantado de la categoría de persona.

### **1. El comienzo de la vida humana: El procedimiento biológico.**

Creo importante iniciar este trabajo, con una breve referencia al procedimiento biológico de la fecundación del ser humano –también denominada *fecundación corpórea*–, ya que permitirá comprender, desde el punto de vista de las ciencias biológicas, qué es un embrión humano; como así también, en una etapa posterior, analizar los efectos jurídicos de dicha fecundación.

Por otra parte, es relevante destacar también, el hecho de que en la actualidad el proceso de fecundación ya no necesita de la unión sexual propiamente dicha para dar vida a una persona. Esta unión, gracias a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), ha logrado efectuarse también en laboratorios, es decir, fuera del seno materno, y se la conoce como *fecundación extracorpórea o in vitro*.

La ciencia embrionaria o embriología, es el estudio científico sobre el embrión. A la misma le toca establecer qué es, cómo se comporta y cómo se desarrolla el mismo. En definitiva, la ciencia embrionaria se ocupa del origen de los seres humanos (George y Tollefsen, 2012). Y en esta indagación sobre el origen de la vida humana, es decir, sobre el momento del comienzo de la existencia, es importante el proceso denominado de la *gametogénesis*, proceso que viene marcado por la entrada de un espermatozoide del hombre al *fecundar* un óvulo de la mujer. El espermatozoide y el óvulo se llaman *gametos*, o células sexuales, y el proceso, *gametogénesis*.

La mujer se caracteriza por traer desde su nacimiento, al menos, un millón de ovocitos u *oocitos*<sup>14</sup> en sus ovarios, denominados *primarios*, al contrario de lo que sucede en el varón, en quien el esperma comienza a formarse en la pubertad y continúa durante toda la etapa adulta. Estos ovocitos primarios ya han comenzado la primera de las divisiones de la meiosis, pero llegados a este punto, entran en una fase “durmiente” que dura hasta la pubertad (George y Tollefsen, 2012).

Es decir que al llegar a la pubertad, los ovocitos primarios vuelven a crecer, uno cada mes. A la vez que el ovocito primario crece, las células foliculares maduran: poco antes de la ovulación se completa la segunda división de la meiosis<sup>15</sup> para dar origen al ovocito u oocito secundario. Las dos divisiones que tienen lugar durante la ovogénesis, sólo dan lugar a un óvulo. Al final de la primera división de la meiosis, casi todo el citoplasma se queda en uno de los ovocitos secundarios, mientras que el otro termina degenerando (George y Tollefsen, 2012).

Poco después de la ovulación, es decir, de la liberación de un ovocito secundario (u óvulo) de uno de los ovarios, el núcleo del mismo comienza la segunda fase de la meiosis, pero solo terminará dicha división si es fecundado por un espermatozoide. A su vez, para que la fecundación pueda producirse, el ovocito secundario debe salir del ovario donde ha

---

<sup>14</sup> El *ovocito* u *oocito*, es la célula más grande, posee todo el material necesario para el inicio y crecimiento del embrión (su citoplasma está lleno de nutrientes, proteínas, aminoácidos, RNA, factores morfogénicos, etc.). Dentro de su núcleo posee un núcleo que sólo terminará su proceso de maduración si es fecundado. En: "Aspectos científicos sobre el inicio de la vida humana" s/f, recuperado el 1/09/2016 de: <http://vidahumana.org/images/pdf/aspectos-cientificos.pdf>

<sup>15</sup> Proceso de división celular propio de las células reproductoras.

estado desarrollándose y avanzar por la trompa de Falopio. Al final de este camino, se encontrará con unos cien espermatozoides, de los doscientos millones aproximadamente que fueron depositados en la vagina y que han llegado nadando hasta el sitio donde tiene lugar la fecundación (George y Tollefsen, 2012).

Es por eso que, los protagonistas del momento de la fecundación son los gametos masculinos y femeninos maduros –los que han terminado el complejo proceso de formación al que he hecho referencia, la gametogénesis-, que les permite constituirse, de este modo, como las únicas células del organismo capaces de contener sólo la mitad del patrimonio genético (23 cromosomas), con la particularidad de la diferenciación genética, la que hace posible que cada óvulo y cada espermatozoide tengan una carga genética diferente gracias a las recombinaciones que se suceden en la meiosis de la gametogénesis.

La fecundación constituye, entonces, la formación de un nuevo organismo, un *cigoto o embrión* unicelular. El autor Nicanor Austríaco (2002), respecto de la diferenciación entre el óvulo y el cigoto, sostiene que hasta la fecundación, el ovocito humano maduro es un sistema vivo en éxtasis, un estado de detención meiótica, y, en ese sentido, es una colección estructurada de moléculas inertes a la espera de activación. Sólo tiene una esperanza de vida de horas, ya que no se puede sustentar a sí mismo. Por el contrario, el embrión es un organismo, un proceso corpóreo con una esperanza de vida de décadas, y esto debido a que tiene la capacidad de sustentarse a sí mismo como una entidad independiente.

En el año 2001, se publicaron en la revista “*Development*” unos experimentos a cargo de los Dres. Gardner y Zernicka-Goetz. Ambos demostraron muy claramente que las células embrionarias se estructuran desde la primera división celular, y que desde el primer instante queda definido el plano general del desarrollo del recién concebido. La Dra. Zernicka-Goetz, de este modo, concluyó, que “(...) *en la primera división celular ya existe una memoria de nuestra vida*” (en Jouve de la Barreda, 2010, 197).

También en el año 2008, un estudio de reconocido rigor científico realizado por la profesora Maureen Condic (oct., 2008), muestra con evidencia que en el curso de la interacción entre el espermatozoide y el óvulo, surge una nueva célula distinta, en su estructura y en su dinámica, al espermatozoide y al óvulo. Así, sostuvo en dicho estudio, que en el momento de la fusión de espermatozoide y óvulo (evento de un segundo) surge un organismo humano, el cigoto. Éste, al formarse, inicia inmediatamente una secuencia compleja de eventos (proceso), que establece las condiciones moleculares para el desarrollo continuo del embrión. Dado que la estructura o contenido molecular del cigoto,

como también su comportamiento, se contrasta tanto con el espermatozoides como con el óvulo, la evidencia científica establece que el cigoto es un ser humano nuevo.

Condic (2008), describe este evento en seis momentos, tomando el primero como decisivo: 1) *Fusión del espermatozoides y óvulo*: antes de la fusión, el núcleo del óvulo se detiene en meiosis. Las cromátidas no son idénticas a causa de la recombinación genética durante la ovogénesis; 2) *Formación del cigoto*: éste se forma en la fusión de espermatozoides y óvulo. Los factores en el espermatozoides activan la meiosis hasta completarla en el núcleo materno. Dentro del plazo de uno a tres minutos, los cambios en el calcio celular inician la reacción cortical del cigoto, haciendo la célula germinal femenina permeable a la fusión con el espermatozoides; 3) *Acción inicial del cigoto*: dentro de esos minutos, la meiosis queda completa, estableciéndose así el *genoma de ploide* del cigoto con puntos de adhesión del espermatozoides en la zona pelúcida que se distribuyen. Ambos núcleos se descondensan. El ADN paterno se denitiliza más rápidamente que el ADN materno; 4) *Inicio de la transcripción del cigoto*: la replicación se inicia entre las ocho y las dieciséis horas, convirtiendo ambos a un estado (2N). La transcripción comienza seguidamente luego de la replicación; 5) *Singamia*: luego de aproximadamente veinte o veinticinco horas, los pronúcleos se aproximan uno al otro, se unen y sus membranas nucleares se desintegran. Los cromosomas se alinean y la mitosis se inicia inmediatamente hacia el final del proceso iniciado con el evento de la fusión; 6) *Embrión de dos células*: la división celular genera el embrión de dos células. La transcripción se intensifica y el desarrollo más allá de esta etapa depende de la transcripción cigótica. La evidencia muestra que cada célula se orienta en su desarrollo propio pero en interacción una con la otra.

## **2. El desarrollo embrionario: las distintas fases**

Los autores George y Tollefsen (2012), describen los distintos cambios que sufre el embrión a partir de la descripción de las primeras cuatro semanas desde el momento de la fecundación. De este modo, en la “primera semana” se produce la *segmentación e implantación*. El cigoto recién formado aún no ha llegado al útero, donde va a recibir el alimento materno y crecer durante los próximos nueve meses. Lo que hace es dividirse varias veces de una forma que se denomina *segmentación*, por la cual las células hijas son cada vez más pequeñas y quedan encerradas dentro de la zona pelúcida. La primera

división, como hemos visto, es el paso de una célula a dos. Las siguientes segmentaciones son asincrónicas: primero, una de las dos células se divide, con lo que hay tres células. Después se divide la otra para dar un total de cuatro. Estas células del embrión se llaman *blastómeros*.

Cuando hay aproximadamente entre ocho y diez células, los blastómeros sufren un proceso llamado *compactación*, lo que significa que los blastómeros cambian de forma y se unen estrechamente. Esto permite una mayor interacción entre las células, y es un requisito necesario para la posterior especialización de las mismas. A los tres días de la concepción, el embrión contiene unas dieciséis células y tiene el aspecto de una mora, de ahí que reciba el nombre de *mórula*. En este momento, la mórula está formada por un grupo de células que han quedado en el interior y otras que forman la capa externa.

Al cuarto o quinto día, el embrión en fase de mórula llega al útero, y la distinción entre células internas y externas se hace más pronunciada. Se forma una cavidad llena de líquido –cavidad del blastocito– que separa las células del embrión en dos partes bien definidas. Por un lado, la capa más externa recibe el nombre de *trofoblasto*, y será la futura placenta. La masa interna de células, llamada *embrioblasto*, da origen al embrión inicial propiamente dicho. Todo el conjunto del embrión, en este momento, se denomina *blastocito*.

Durante los próximos dos días, la zona pelúcida degenera y el embrión finalmente crea un agujero a través del cual puede salir de esa cubierta. Esto se denomina *eclosión*. Ahora el embrión crecerá más rápidamente, ya que nada lo circunda. Seis días después de la fecundación, el blastocito se pega al epitelio del endometrio, que es la capa que recubre por dentro el útero. Esto marca el comienzo de la implantación: a los diez o doce días de la fecundación, el embrión está completamente sepultado en el endometrio. Al inicio de este proceso de implantación, el embrión ya ha comenzado a ingerir alimentos de los tejidos maternos circundantes.

Según George y Tollefsen (2012), la “segunda semana”, tras la fecundación, está dominada todavía por la implantación, que no estará completa hasta el día diez o doce. La implantación, permite al embrión obtener oxígeno y nutrientes de la madre. De este modo, las estructuras necesarias para proporcionar al nuevo individuo un ambiente y una nutrición adecuada ya están listas desde los momentos iniciales del desarrollo humano. En este tiempo, el embrión propiamente dicho crece poco, dependiendo en gran medida este desarrollo de la actividad del trofoblasto que envía señales biomoleculares específicas a las células de la masa celular interna para promover su crecimiento. Los citados autores

destacan que dos de estos cambios son importantes: el primero, es la división de la masa celular interna en un disco embrionario de dos capas (en la tercera semana, se generará una tercera capa); este disco origina las capas germinales que forman todos los tejidos y órganos del embrión; además, en una de las dos capas, llamada *hipoblasto*, se desarrolla la placa *precordal* que indica la localización de la futura región craneal del embrión y la futura situación de la boca.

En la “tercera semana” (hacia el día quince después de la fecundación), se forma una tercera capa mediante un proceso llamado *gastrulación*. Con esto, el embrión posee ya las tres capas germinales primarias (el ectodermo, el endodermo y el mesodermo). El surco primitivo se extiende hacia el centro del embrión hasta más o menos el día dieciocho, momento en el que emerge una nueva línea de células llamada *notocorda*. Ésta es fundamental para la *neurulación*, la formación del sistema nervioso. Es decir, la *notocorda* induce la formación de la placa neural, que dará lugar al cerebro y la médula espinal. Cuando termina la tercer semana, el embrión se ha separado ya para entrar en la siguiente fase de “cuatro semanas”, en las que habrá un intenso desarrollo de diversas estructuras, periodo conocido como morfogénesis o desarrollo de la forma (George y Tollefsen, 2012).

Pero respecto de este tema en análisis, las opiniones son diversas. Es así, que en la *Exposición de Motivos de la ley española 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA)* (Galván Carballo, 2001-2003), se pueden distinguir las siguientes fases: 1) De formación del *precigoto*, la que tiene lugar desde la penetración del espermatozoide en el óvulo, hasta la formación del cigoto de una sola célula diploide con dos pronúcleos y con potencialidad para desarrollarse en ser humano; 2) Pre-embrión (o embrión pre implantatorio), designa la división celular progresiva desde la fecundación hasta catorce días después, cuando finaliza el proceso de implantación de aquél y aparece en él la línea neural o esbozo del sistema nervioso; 3) De formación de los órganos humanos: el término embrión propiamente dicho o embrión posimplantatorio, comprende la fase que, continuando la anterior, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, cuya duración es de unos dos meses y medio, que deben agregarse al periodo de pre implantación; 4) Finalmente, se reserva el nombre de *feto* para la fase más avanzada del desarrollo embriológico, designando con este término al embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente. En consecuencia, surge de la citada Exposición de Motivos, que se aceptó que las distintas fases sean embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también debían serlo, lo que se traduce en la prohibición de una serie de

actuaciones y manipulaciones en el embrión humano a partir del día decimocuarto de desarrollo, y, a su vez, en la autorización de esas mismas prácticas en embriones no implantados y no desarrollados más allá de dicho plazo.

Respecto del concepto de *preembrión* o *embrión preimplantatorio*, se sostuvo que no estaríamos en presencia todavía de un embrión humano y, por ende, de una persona humana, sino de “algo” anterior. Conforme a esta idea – o término ficticio y arbitrario que por vía semántica implicó la división entitativa del embrión (Quintana, 2009, citado por Herrera, 2012)- se decidió que los estadios de desarrollo embrionario posterior al cigoto se denominaran “preembrión”, y que tanto éste como el cigoto no respondían al concepto de ser humano, sino de un conjunto de células no diferenciadas que sólo implican potencialmente y no actualmente vida humana.

El primer documento que se refirió al concepto de preembrión, aunque sin utilizar dicho término, fue el Informe Warnock<sup>16</sup>, en 1984, donde se sostuvo que sólo se podía hablar de la existencia de un embrión luego de la anidación, y que ésta se producía a partir del día catorceavo contado desde la fecundación, habiendo recomendado el informe también, que ningún embrión derivado de la fecundación *in vitro* se mantuviera vivo fuera del seno materno más allá de los catorce días, no computándose en ese plazo el tiempo en el cual no hubiera estado congelado. También, permitía el informe, que el embrión fuera objeto de investigación antes de ese período, pero no después.

Otra opinión, es la que surgió del *Congresso Internazionale “L’embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche”*<sup>17</sup> realizado en Ciudad del Vaticano en el año 2006. En el mismo se consideró, que la fecundación es el evento fundamental del comienzo del desarrollo de un nuevo organismo e implica una serie coordinada de eventos y de interacciones celulares que permite el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para formar una nueva célula activada, el cigoto o embrión unicelular, el que es un nuevo organismo de la especie humana. En esta serie coordinada de eventos, distinguen tres etapas: 1) la reacción *acrosomial*, que permite al espermatozoide atravesar los estratos que rodean al ovocito y que se una a la zona pelúcida; 2) la fusión de los gametos o *singamia*, que determina la activación del

---

<sup>16</sup> Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, Londres, julio 1984, recuperado el 3/7/2015 de [http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock\\_Report\\_of\\_the\\_Committee\\_of\\_Inquiry\\_into\\_Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_1984.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf)

<sup>17</sup> Congresso Internazionale “L’embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche, Ciudad del Vaticano, 2006, recuperado el 18/8/2015 de [http://www.academiavita.org/\\_pdf/assemblies/12/embrione\\_umano\\_nella\\_fase\\_di\\_preimpianto.pdf](http://www.academiavita.org/_pdf/assemblies/12/embrione_umano_nella_fase_di_preimpianto.pdf)

metabolismo del ovocito fecundado con el comienzo del desarrollo embrionario, y la *reacción cortical*, que regula la entrada del espermatozoide en el ovocito; y 3) la formación de los pronúcleos masculino y femenino y el comienzo del primer *proceso miótico* de segmentación. Durante esta fase, denominada “fase pro nuclear”, los dos nuevos pronúcleos se acercan al centro de la célula, y mientras se mueven el uno hacia el otro, su información genética es leída para guiar el desarrollo. Hoy en día, se conocen muchos genes del nuevo genoma que ya están activos en este estadio, algunos de ellos tienen un papel clave en el desarrollo posterior del embrión. Al final de esta primera división celular, se forman dos células, cada una de ellas dotada de una copia del genoma completo, estas permanecen unidas la una a la otra formando el embrión de dos células.

Por su parte, Elena Lugo (2010) sostiene, que el cigoto resultante de la fecundación, -etapa inicial del embrión-, es ya un sujeto humano individual de la especie humana, es un proyecto perfectamente delineado que va adquiriendo mayor operatividad (funciones), pero no mayor sustancialidad o mayor realidad. En el proceso de desarrollo – el pasaje de cigoto a embrión y feto-, el ser humano es desde el comienzo persona, sólo que pasa por diferentes etapas de desarrollo. Es la misma sustancia, sólo diferenciada por las características de cada segmento de desarrollo. El embrión humano pertenece desde la fecundación al orden del ser y no del tener; es persona, no objeto.

Se aprecia, de este modo, que desde el punto de vista de la biología, este proceso que se desarrolla a partir de la unión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino, puede dividirse en etapas; pero se observa, que este proceso comienza con un hecho cierto, que más allá de la posibilidad de su evolución, cabe darle una entidad, un valor. A partir de qué momento comienza a tener entidad y consideración jurídica ese hecho biológico, es lo que el actual Código Civil y Comercial de la Nación no ha determinado unívocamente.

### **3. Las principales teorías acerca del comienzo de la vida humana**

Relacionado con las etapas que brevemente he descripto acerca del proceso de gestación del embrión humano, se han formulado varias teorías relativas al momento del comienzo de la vida humana. Y esto debido a que esta determinación ha generado el enfrentamiento de varias posiciones, convirtiéndose en uno de los problemas centrales a dilucidar, esto es, cuándo esa nueva vida o ser tiene estatuto ontológico merecedor de

protección, lo que equivale, en última instancia, a establecer cuándo es equiparable a una persona y por lo tanto inviolable.

Sin profundizar ahora en este último planteo, las teorías en juego son las siguientes:

*1) Teoría de la fecundación:*

Los que sostienen esta teoría, se apoyan en criterios biológicos. Así dirán, que la fecundación es el proceso dinámico y temporal por el que cada individuo se constituye a sí mismo a partir de los gametos aportados por los progenitores. La información genética heredada aumenta a lo largo de las horas que dura el proceso de la fecundación, gracias a la interacción de los genes con los componentes del medio intracelular, con el resultado final de que el cigoto es más que la mera suma o fusión de gametos. De este modo, la fecundación se inicia con el reconocimiento específico de especie y la activación mutua de los gametos paterno y materno, maduros, y en el medio adecuado (López Moratalla, Santiago y Herranz Rodríguez, 2011).

Se sostiene, también, en el marco de esta teoría, que desde la fecundación y hasta el nacimiento, el desarrollo embrionario y luego fetal es un *continuum* en el que no es posible señalar claramente líneas de demarcación. Este criterio de la continuidad y de la finalidad interna o *télos* de la realidad embrionaria, es el que les permite asegurar que, desde la fecundación, estamos en presencia de una persona humana, o bien, aplicando el beneficio de la duda, ante la probabilidad de que ese nuevo ser sea una persona. Y esto porque la fusión de los gametos es un proceso irreversible, que marca el comienzo de un nuevo organismo: el cigoto o embrión unicelular.

La primera consecuencia de la fusión de los gametos, es la variación de la composición iónica del ovocito fecundado, y en particular, el aumento repentino y transitorio de la concentración intracelular de  $Ca^{2+}$  que determina una onda iónica llamada *onda calcio* (*calcium wave*): ésta señala el comienzo de la activación del cigoto y del desarrollo embrionario, aboliendo los fenómenos inhibidores que habían determinado una reducida actividad metabólica del ovocito después de la expulsión del ovario. El metabolismo del ovocito, de hecho, se debilita y culmina con la muerte de la célula en el momento en el que en las doce-veinticuatro horas sucesivas a la ovulación no se produzca la fecundación. Así da comienzo al desarrollo de un nuevo individuo que tiene el patrimonio genético y molecular de la especie humana (*Congresso Internazionale "L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche"*, 2006).

Por lo tanto, para esta concepción, en cada momento de desarrollo del embrión hay una estructura humana, y es esta unidad de todo el proceso la que le confiere su individualidad y su dignidad ontológica.

## 2) *Teoría de la singamia:*

También conocida como teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Luego de que el espermatozoide ha penetrado el óvulo (12-18 horas posteriores), se produce la fusión de los pronúcleos de las células femenina y masculina, proceso conocido como *singamia*. Al fusionarse los mismos, se transmiten las informaciones genéticas de los gametos, creándose una nueva célula (cigoto) con nueva y única identidad genética. Es por eso que para esta teoría, el instante de la formación del cigoto marca el inicio de la vida del ser humano (Gorini, 2003).

## 3) *Teoría de la anidación o nidación o implantación:*

Básicamente, esta teoría sostiene, que la vida humana existe a partir de que el cigoto se fija en la pared del útero materno, lo que se produce a los catorce días de la fecundación. De acuerdo con la misma, recién cuando concluye la implantación o anidación del embrión en la pared del útero, comienza la existencia individualizada de la persona, lo que ocurre a los catorce días desde que se produjo la concepción. Por lo tanto, en el marco de esta corriente se sostiene, que la vida humana recién comienza con la fijación del embrión en el útero materno.

Otra de las razones que sustentan esta teoría, tiene en cuenta que hasta que no se haya verificado la anidación, no es posible constatar fehacientemente signos de embarazo en el organismo de la mujer, por lo cual, resultaría lógico afirmar, que hasta que no se completa la fijación no hay embarazo. Como así también, se argumenta la existencia de una suerte de selección natural en el período comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta, que sólo el cincuenta por ciento de los cigotos se adhiere al útero materno perdiéndose el resto, generalmente, por presentar anomalías significativas.

## 4) *Teoría de la segmentación:*

Esta teoría, se nutre de un argumento científico llamado *segmentación o individualización*, el que parte de la comprobación de la existencia de gemelos monocigóticos, quienes comparten un mismo genotipo y cuya separación habitualmente sucede en el momento de la implantación. Recién podemos hablar de un ser humano,

cuando estamos frente a una realidad que revista simultáneamente las características de unicidad y de unidad. Es por eso que, hasta que no haya pasado la oportunidad de tal segmentación, no estaremos en condiciones de reconocer como persona al ser en formación.

Los gemelos monocigóticos, se forman por la división temprana del embrión, la que puede tener lugar en distintos momentos de la evolución, hasta llegar al instante límite configurado por la finalización de la anidación, aceptándose como regla general que tal proceso concluye alrededor de dos semanas después de ocurrida la fecundación. Según el momento de la evolución en que tal separación se produzca, los embriones podrán compartir o no las membranas fetales. De esta forma, la formación de gemelos en los primeros estadios del desarrollo hasta el cuarto o quinto día, dará lugar a fetos totalmente autónomos, cada embrión tendrá un sistema placentario independiente y se implantará en una zona distinta del útero. Si la división tiene lugar a principios de la segunda semana, los fetos compartirán un mismo sistema placentario, pero estarán en bolsas amnióticas diferentes, serán diamnióticos, siendo el caso que se da con más frecuencia. Cuando la fracción del embrión se produce, transcurrida la mitad de la segunda semana, los gemelos serán *monocoriónicos* y compartirán una misma bolsa amniótica. En este último supuesto, de muy baja ocurrencia, puede igualmente darse una división incompleta entre los fetos que permanecen unidos en alguna parte su cuerpo –caso de mellizos siameses- (Loyarte y Rotonda, 1995).

La cualidad de cada una de estas células de dar origen a un individuo completo, característica de este estadio temprano de la evolución, recibe el nombre de *totipotencia*, y es otro indicio destinado a demostrar la falta de unicidad del óvulo fecundado no implantado. Por lo tanto, para esta corriente, la falta de individualidad en el embrión preimplantatorio, haría inaplicable el concepto de persona.

##### 5) *Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central:*

Esta hipótesis más moderna, tiene en cuenta el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central, ya que se entiende que este es el punto determinante en la ontogénesis del ser humano.

Esta teoría se conoce también, como la “teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural”. Al decimoquinto día de la evolución embrionaria, aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que, en ese momento, comienza la vida con la

presentación de la llamada línea primitiva o surco neural, y recién entonces, conforme a esta línea de pensamiento, estaríamos frente a un ser viviente (Soto Lamadrid, 1990).

A partir de ese momento, se marca la línea divisoria entre aquel embrión que devendrá hombre y aquel que nunca lo será, ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro y la consiguiente “humanización” del hombre mediante el progreso de su capacidad intelectual.

Dentro de esta corriente, existe otra postura que lleva a negar la calidad de vida humana al embrión y admitirla recién en el estadio de feto (más de tres meses). El argumento principal en que se sostiene la misma, se basa en que la actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable recién a las ocho semanas de la fecundación. Es decir, recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables, puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana (Lacadena, 1992).

Tanto el concepto de embrión al que se adhiera, como la teoría acerca del momento del inicio de la vida humana que se sostenga como válida, permiten posicionar, ya sea al lector o al investigador, frente al problema en análisis. Este primer capítulo, nos invita a analizar con detenimiento los acontecimientos biológicos que implican el milagro de la vida, que a lo largo del tiempo han sido desentrañados minuciosamente por los científicos, pero interpretados de forma distinta por teólogos, juristas, filósofos, como así también, por todo aquel que va en búsqueda de respuestas a las preguntas más profundas que plantea nuestra existencia terrenal.

En este capítulo, también, se bifurcan los caminos y se doblan las respuestas: ¿Embrión? O ¿*pre-embrión*?, tal como postula, por ejemplo, la Ley española de Reproducción Humana Asistida<sup>18</sup> del año 2006, apuntando a una diferente protección según la etapa de desarrollo del mismo? ¿Fecundación o implantación? ¿Persona o cosa? ¿Sujeto de derecho u objeto de derecho? ¿Medio o fin en sí mismo? ¿Presente o potencia?

Todos estos dilemas quedan planteados a partir de este momento. Sostiene Ferrajoli (2002) que precisamente, los dilemas morales, cuando conciernen únicamente a los derechos de la persona que está llamada a resolverlos, deben ser dejados a su autodeterminación. Y sólo cuando el dilema se configura como conflicto o, en todo caso, afecta los derechos fundamentales de más personas, se justifica la intervención del Derecho.

---

<sup>18</sup> España. Ley N° 14/2006 y modif. Reproducción Humana Asistida. Recuperado el 05/06/2016 de [//www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292](http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292)

Nuestro ordenamiento jurídico ha decidido intervenir en estas cuestiones. Prueba de ello, es la reciente modificación al antiguo Código Civil en esta materia. Pero, curiosamente y a mi criterio, transitó por dos caminos, creando confusión más que certezas.

Y esto debido a que, por un lado, nuestra legislación actual pareciera adscribirse a la teoría de la fecundación, cuando en el artículo 19 del Código unificado se establece el inicio de la persona humana con la concepción. Pero en el artículo 21 del citado Código, parecería receptar o adherir a la corriente que sostiene que el inicio de la persona sucede con la implantación o anidación en el útero. Entonces, ¿Qué otros indicios o elementos permiten adoptar una u otra postura, o, por el contrario, compatibilizar las mismas en una solución que esté acorde con el resto de la legislación nacional o supranacional vigente? Esto es lo que se intentará ir desentrañando, en la medida que se vayan abordando las otras líneas de investigación propuestas para el desarrollo del presente estudio.

## **Capítulo II**

### **“El momento del nacimiento de la personalidad jurídica”**

En el Capítulo anterior he hecho referencia a los conceptos o definiciones fundamentales relativos al tema que nos ocupa –tales como fecundación, pre embrión, embrión, implantación, anidación, entre otros-, términos que, por otra parte, constituyen el núcleo central de las diferencias existentes entre las concepciones esbozadas en torno al comienzo de la persona humana; como así también, ha quedado expuesto el hecho de que la última reforma a la legislación civil y comercial, en lo relativo al comienzo de la vida humana, se identifica o enrola –según el artículo que se tome en cuenta- en la “teoría de la fecundación” –concepción amplia que busca proteger al embrión desde el momento de la fecundación-, y, en la “teoría de la anidación” –tesis más restrictiva, ya que sólo reconoce al embrión como persona una vez implantado o transferido al útero-. Cuestión esta no menor, que nos lleva a una colisión de derechos humanos en juego que será abordada posteriormente.

Ahora bien, determinar el comienzo de la vida de una persona de existencia visible en el ámbito jurídico, trae aparejada la protección jurídica que acompañará a la misma a lo

largo de su vida. El bien que se busca proteger, de este modo, es la vida misma, el derecho a vivir tutelado desde la concepción.

La finalidad de este segundo Capítulo del trabajo, es determinar qué protección o tutela jurídica recibe el concebido para el ordenamiento constitucional argentino, y, en todo caso, que principios deben orientar la interpretación de dichas normas frente a la coexistencia de una pluralidad de fuentes internacionales relativas a los Derechos Humanos.

## **1. El status jurídico del embrión humano en Argentina. La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. El principio *pro homine*.**

La Constitución Nacional es la ley suprema o fundamental, conforme a nuestra organización jurídica y según lo prevé la propia Carta Magna en su artículo 31. En su primera parte, contiene “Declaraciones, Derechos y Garantías” estableciendo –en algunos casos de manera explícita y en otros en forma implícita-, los principios básicos relativos al reconocimiento y la protección de los derechos del hombre: a la vida, a la integridad, a la salud, a la identidad, a la protección integral de la familia, a la libertad en sus diferentes formas de ejercicio, etc.

En el esquema tradicional de nuestra Constitución Nacional, el concebido no cuenta con una norma que garantice sus derechos como tal. Estos están reconocidos en la parte dogmática, en los artículos que contienen declaraciones sobre los derechos del hombre, algunos de los cuales están declarados en forma específica y otros de manera genérica. Por ejemplo, el artículo 14 *bis* garantiza en enunciación “la protección integral de la familia”, en una expresión, creo, omnicomprendiva que abarca todos los derechos individuales de sus miembros y todos los derechos del grupo o sistema social como tal, quedando ella de esta manera como la célula básica de la sociedad. Veo también, que en el artículo 75, inc. 23, dispone como una de las atribuciones del Congreso Nacional, dictar un régimen de la seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *desde el embarazo* hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental. No obstante, creo que esta previsión debe interpretarse a la luz de la declaración hecha por Argentina

respecto del artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño<sup>19</sup>, en la que se establece que se entiende por tal, todo ser humano desde la concepción y hasta los dieciocho años.

Asimismo, y dentro de los derechos personales, hay un reconocimiento de rango superior a determinados derechos llamados personalísimos, como el derecho a la vida y sus derivados –salud, integridad física y psicológica, etc.- y a la dignidad. Este último puede ser definido como “el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad” (Nino, 2012, p. 145).

Dentro del espectro de tratados que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22) y que hacen referencia al tema en análisis, se pueden citar:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>20</sup>, la que en su artículo 1º declara, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, en su artículo 3º, que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y en el 6º, que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad;

- La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre<sup>21</sup>. El artículo 1º de la misma establece que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

- La Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>22</sup> la que establece en su artículo 4º inc. 1º, el derecho a la vida: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y además prevé que “(...) Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; a su vez, en su artículo 5º, reconoce el derecho a la integridad personal, diciendo que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Rige, además, en virtud del Preámbulo de la citada Convención, la cláusula *pro homine*, que eleva como pauta interpretativa aquella que favorece al ser humano, y la que asienta el carácter progresivo de tales derechos y de su reconocimiento en favor de los individuos y con prescindencia de los Estados;

---

<sup>19</sup> Convención de los Derechos del Niño de 1989, ONU, Asamblea General, Res. 44/25, recuperado el 3/8/2015 de [http://www.unicef.org/ecuador/convencion\(5\).pdf](http://www.unicef.org/ecuador/convencion(5).pdf)

<sup>20</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, ONU, Asamblea General, recuperado el 3/08/2015 de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<sup>21</sup> Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, recuperado el 2/07/2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

<sup>22</sup> Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, recuperado el 2/07/2015 de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>23</sup>, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Del mismo destacamos los siguientes artículos: el artículo 6º, que sostiene que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que el mismo estará protegido por la ley y que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente; el artículo 16, el que establece que todo ser humano tiene, en todas partes, el derecho al reconocimiento de su personalidad; el 24, que declara que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento.

- La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>24</sup>, ratificada por nuestro país por medio de la Ley 23.849 y habiéndose formulado reservas a la misma, es de importancia la realizada en relación al artículo 1º de la Convención. Este artículo establece que:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Es decir, que no se logra un acuerdo internacional respecto del momento del inicio de la consideración del niño como sujeto de derecho. Ante tal indefinición del texto final, que daba lugar a interpretaciones disimiles, Argentina decidió formular una declaración o reserva interpretativa conforme al pensamiento vigente en el Derecho, en relación con el resto de la legislación Argentina. Es por eso que el artículo 2º de la ley 23.849, establece:

Al ratificar la Convención, deberá formularse las siguientes reservas y declaraciones (...) con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad.

El artículo 6º de la citada Convención, por su parte, prevé en el inciso 1º, que los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; mientras que en el inciso 2º de dicho artículo, se establece que los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. A su vez, por el artículo 8º, inc. 1º, los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su

---

<sup>23</sup>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, ONU, Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), recuperado del 2/07/2015 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>24</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de noviembre de 1989, ONU, Asamblea General, recuperado el 3/07/2015 de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-23849.html>

identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>25</sup>, establece en su artículo 1º, que la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

También, en el artículo 4º inc. 2º de ese cuerpo legal, se prevé que los Estados partes que la suscriban deberán adoptar las medidas encaminadas a proteger la maternidad. Además, deberán garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (art. 5, inc. b). A su vez, por el artículo 16, inc. e), se les reconoce la posibilidad de decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos.

Está claro, entonces, en este documento el enunciado del derecho a la maternidad con el reconocimiento expreso a la libertad procreacional, garantizando la facultad de decidir sin interferencias el número de hijos, así como el intervalo entre los nacimientos, aunque no se expresa de qué forma podrá ser ejercida dicha libertad. Se aprecia, también, que esta Convención reconoce el derecho a gozar de libertad procreacional pero no lo prioriza frente a la vida del niño ya concebido.

Es por eso que, frente a la coexistencia de múltiples normas referidas a los Derechos Humanos, se hace necesario recurrir a una serie de principios generales del Derecho Internacional y de principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que permitan brindar pautas claras de interpretación a fin de compatibilizar el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por el Estado. Estas pautas son importantes cuando en un mismo ámbito coexisten normas de distinto alcance, y en este sentido, no hay discrepancia en que la aplicación e interpretación de las normas de Derechos Humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, del principio de no

---

<sup>25</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de diciembre de 1979, ONU, Asamblea General. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980 y ratificada por ley 23.179 de mayo de 1985, recuperado el 25/01/2016 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>

discriminación, como así también, teniendo en cuenta su objeto o fin –interpretación teleológica- (Pinto, 1997).

El principio *pro homine* –o de estar siempre a favor del hombre- es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos (Pinto, 1997), y en este sentido, indica cómo debe interpretarse tanto la Constitución como todo el ordenamiento jurídico de un Estado. En virtud del mismo, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. El principio de no discriminación, a la vez que un derecho en sí mismo, es un criterio que determina la forma de aplicación de las normas sobre Derechos Humanos. Por otra parte, la interpretación teleológica de los instrumentos de Derechos Humanos, significa que debe darse prioridad a la consideración del objeto y fin de las normas, esto es, la protección de los derechos fundamentales de los Derechos Humanos.

Considero, de esta forma, que es importante a la hora de interpretar la reforma introducida por el nuevo Código Civil y Comercial en lo concerniente al comienzo de la existencia de la persona humana, tener en cuenta estas directrices, a saber, estar a favor del hombre o del ser humano bajo el amparo de un ordenamiento jurídico que no realice ningún tipo de discriminación legislativa que menoscabe derechos, y teniendo en cuenta los fines u objetivos de las normas, considerándolas no de forma aislada sino integradas a un plexo normativo constituido tanto por normas nacionales como supranacionales, puede llegar a ser la clave para arribar a soluciones justas y respetuosas de los derechos en conflicto, frente a los desafíos que nos plantea el avance de la ciencia y la tecnología en este siglo veintiuno.

## **2. Las diferentes formas de concepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos humanos en juego.**

Sostiene la autora Gómez Sánchez (1988, p. 110):

Durante miles de años la reproducción humana había sido un proceso inmutable en su forma, y a su vez, indefinidamente repetido. Esta actividad humana, inalterable durante tanto tiempo, ha sido alcanzada por un alud de novedosas posibilidades que la han transformado profundamente.

La concepción o fecundación del ser humano, es el fenómeno por el cual se fusionan los gametos masculinos y femeninos, tal como se ha visto en el primer capítulo del presente trabajo. Esta unión puede llevarse a cabo de forma natural o sexual o de forma artificial; y, además, puede ser corpórea o extracorpórea –o también denominada extrauterina-.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>26</sup>, reconoce a las dos modalidades de concebir al ser humano, cuando en el –polémico- artículo 21, hace alusión al “concebido o implantado en la mujer”, estableciendo de este modo, una distinción entre el concebido dentro del útero materno y el implantado –cuya concepción se realizó fuera del seno materno para luego producirse la transferencia embrionaria en el cuerpo-.

Centrándome en las técnicas que he denominado como “artificiales” –llamadas también de reproducción humana asistida-, y que desde su aparición en la década del 70’ han tenido un perfeccionamiento continuo, se distinguen también las mismas por la posibilidad de llevar a cabo la fecundación dentro o fuera del útero materno.

Sin duda, las que mayor debate generan por los derechos involucrados, son las del tipo extracorpóreas o extrauterinas, dado que el proceso de la fecundación se realiza en un laboratorio. Es por eso que, otra forma de clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida o artificial, es en “técnicas de baja complejidad, las de mediana complejidad y las de alta complejidad”, siendo las extrauterinas categorizadas como de alta complejidad.

Dentro de las técnicas de baja complejidad, encontramos la inseminación artificial, que es el procedimiento de fecundación intracorpórea más antiguo y el más simple de todos, el que básicamente consiste en un tratamiento hormonal para conseguir más de un óvulo por ciclo, y luego de obtenerse el semen, mediante la utilización de una cánula, éste se deposita en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero –de ahí las diferentes variantes de esta técnica- (Loyarte y Rotonda, 1995).

La técnica de mediana complejidad es la denominada GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*), donde la inseminación artificial se realiza en la trompa del Falopio, es decir que, la fertilización tiene lugar en la trompa, al igual que en la fertilización natural. Una vez producida la concepción, el embrión viaja hacia el útero espontáneamente (Loyarte y Rotonda, 1995).

---

<sup>26</sup> Ley N° 27.077, Art. 1°, establece la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial el 1/8/2015.

En cuanto a las técnicas de alta complejidad, dentro de las mismas se encuentra a la Fecundación *In Vitro*, donde la manipulación de los gametos y del embrión humano, requiere de la utilización de avanzadas técnicas científicas y laboratorios de alta complejidad. Para explicarlo de manera sencilla, se puede decir que la Fecundación *In Vitro* (FIVTE) consiste en fecundar uno o varios óvulos fuera del organismo materno. Para obtener dichos óvulos, se estimula la maduración de muchos de ellos mediante inyecciones de hormonas. Posteriormente, son extraídos mediante técnicas ecográficas o mediante laparoscopia. Los óvulos extraídos, de esta forma, se mantienen en un medio líquido especial, al que se añade semen lavado e incubado, ya que previo a la fecundación, el semen es sometido a varios procesos que verifican su calidad fertilizadora. Después de dieciocho horas se extraen los óvulos, se cultivan en un medio adecuado y se examinan cuarenta horas después (Sgreccia, 2014).

Los óvulos fecundados y con desarrollo embrionario normal, son los que se implantan en el útero o bien en las trompas de Falopio, transfiriéndose, por lo general, múltiples embriones con el objetivo de incrementar la probabilidad de gestación, ya que se tiene en cuenta las dificultades de la implantación y nidación. Si hay más de cuatro embriones seleccionados, se pueden congelar algunos para el futuro, debido a que sólo hasta cuatro embriones son transferidos al útero de la madre para disminuir el riesgo de embarazos múltiples.

Analizando la situación que plantea la nueva normativa civil y comercial, en relación con las dos formas de concebir un ser humano –corpórea o extracorpórea- previstas por el artículo 21, y ante la indefinición sobre el tema que se logra con la redacción del nuevo artículo 19<sup>27</sup> de dicho cuerpo normativo, a mi criterio los derechos en juego deben analizarse desde dos puntos de vista. Por un lado, desde el ser humano en sí mismo, lo que me llevará a abordar la controvertida cuestión de la posición o situación jurídica que el embrión adquiere frente a uno u otro método utilizado para su concepción; por otro, la situación de desigualdad y/o desprotección que se deriva de adherir a la postura de que el embrión es persona a partir de la concepción o implantación en el útero materno.

Y el primer análisis, me lleva a la pregunta de si el embrión humano es o no persona para el derecho, ya que de esta consideración depende la “medida” de su protección. Es decir, la cuestión radicaría, en si corresponde mirar su situación de vulnerabilidad bajo el prisma de toda la legislación sobre derechos humanos de rango

---

<sup>27</sup> CCyCN, Art. 19º:” La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

constitucional y supranacional, o si, por el contrario, nos debemos limitar a esperar que una ley defina su situación jurídica y reglamente su –seguramente limitada- protección.

Para dilucidar, entonces, esta primera cuestión, expondré la opinión de los autores acerca del estatus o posición jurídica que tiene –o debería tener- el embrión humano para el derecho, tema absolutamente mediado por razones o explicaciones tanto religiosas, como científicas o filosóficas; teniendo en cuenta, además, que en este punto entran a jugar las diferentes teorías acerca de la concepción que he esbozado en el primer capítulo de esta investigación. De ahí, que autores imbuidos por profundas convicciones religiosas adhieran a la teoría de la fecundación para explicar el estatus jurídico de persona que otorgan al embrión humano; y, por el contrario, otras posiciones, tendrán como punto de partida teorías como la de la anidación o implantación, momento desde el cual consideran que el embrión es persona.

La primera corriente, que se podría denominar como clásica, está representada por aquellos autores que postulan de forma amplia la personalidad del embrión humano constituido por fecundación, ya sea, en el seno materno, *in vitro* o en cualquiera de las formas o modos extracorpóreos inventados o creados por el hombre. He aquí, un resumen de los principales argumentos esgrimidos por los autores en defensa de la personalidad del embrión a partir del momento de la concepción:

- El embrión, como ser vivo, desde el momento en que se genera por la unión del gameto femenino y masculino es persona. (Barra, 1995; Peyrano, 2003; Ugarte Godoy, 2004; Cabezas, 2005; Lugo, 2006; Pontificia Accademia Pro Vita, 2006; Lugo, 2010; Frank y Lafferriere, 2012; Lafferriere, 2014);
- Desde el momento en que el óvulo (gameto femenino) es fecundado por el espermatozoide (gameto masculino) nace un ser distinto de la madre y del padre, con capacidad de desarrollarse por sí mismo. (Peyrano, 2003; Pontificia Accademia Pro Vita, 2006; Lugo, 2010; Frank y Lafferriere, 2012);
- El proceso de gestación es gradual, continuo y de coherencia interna, en cuanto conduce necesariamente al nacimiento. De allí que ninguna etapa del desarrollo pueda separarse de las demás y contar con autonomía suficiente como para atribuirle el carácter de iniciador de la vida humana. Todos ellas son el resultado de la anterior y como tales presentan un único punto de partida: la concepción (Lugo 2006; Rodríguez Varela, 2006; Lugo, 2010; Frank y Lafferriere, 2012);

- El embrión debe ser respetado como persona actual (Lugo, 2006; Lugo, 2010);
- El embrión auto dirige su desarrollo (Lugo, 2006; Lugo, 2010);
- No hay fase de desarrollo en que se pueda afirmar que se produce la humanización del embrión. El embrión humano, pertenece desde la fecundación al orden del ser, y no del tener; es persona, no objeto (Lugo, 2006);
- Desde el punto de vista jurídico, el embrión es un niño, y, por lo tanto, debe ser reconocido en el estatuto que corresponde a todos los seres humanos (cada uno y cualquiera) y es merecedor de todos los cuidados, la protección y el respeto de las leyes del Estado; por lo tanto, es perfectamente aplicable al mismo la Convención de los Derechos del Niño<sup>28</sup>, la que introdujo una aclaración trascendente sobre el derecho civil argentino, al dejar definitivamente asentado y ratificado que la existencia de las personas comienza con la concepción, y se extiende desde entonces –antes y después del nacimiento – la protección de la Convención hasta los dieciocho años de edad, siendo durante todo ese lapso el sujeto, la persona de que se tratase, un niño (Cabezas, 2005);
- La vida humana es sagrada, y ésta no es solo una consideración religiosa sino que es la base indispensable para la convivencia en una sociedad de hombres libres que respetan al ser humano integralmente (Barra, 1995);
- En los seres humanos no es la vida propiamente dicha, como creación de un nuevo ser, lo que los caracteriza como persona, ya que en ella –la vida- se asimila a las cosas animadas, por más que el Derecho le acuerde ciertos efectos a la condición de “nacimiento con vida”. Es su condición de dignidad la que las lleva a la clasificación de personas. La calidad de “digno” es lo que convierte al ser animado en persona, única, irrepetible, creada –para los cristianos- a imagen y semejanza de Dios (Carranza Latrubesse, 2014);
- El embrión tiene el valor propio de la persona humana, por dos razones, una de carácter biológico y otra de carácter filosófico. Desde el punto de vista

---

<sup>28</sup> Convención de los Derechos del Niño de 1989, ONU, Asamblea General, Res. 44/25, recuperado el 3/8/2015 de [http://www.unicef.org/ecuador/convencion\(5\).pdf](http://www.unicef.org/ecuador/convencion(5).pdf)

biológico, se deben considerar las características del desarrollo, el cual es programado, continuo e intrínsecamente autónomo. De esto se deriva que, entre el primer momento de la concepción y el momento del nacimiento, desde el punto de vista corporal, no hay diferencia sustancial sino solo de desarrollo; desde el punto de vista filosófico, desde el momento de la concepción está ya presente todo el valor de la persona humana individual, por una doble razón: 1. El vínculo entre el cuerpo y el alma es un lazo de unión sustancial y no accidental; 2. La personalidad en el hombre, coincide con el acto existencial que realiza la naturaleza humana hecha de alma y cuerpo. Dicho acto existencial actúa en el momento mismo en que se actúa precisamente el nuevo ser (Lugo, 2006; Sgreccia, 2014);

- La presencia de un fundamento ontológico garantiza la unidad interna y la continuidad en el tiempo del ser humano personal, desde el momento de su constitución como organismo. Por lo tanto, no existe una vida humana “anónima”, privada de sujeto, y no puede existir una transición continua y gradual de “algo” a “alguien”. Es decir, no se puede pensar en una vida humana sin pensar en la vida de un específico ser humano (*Pontificia Accademia Pro Vita*, 2006);
- La persona humana comienza también con la concepción, porque individuo biológicamente humano y persona humana son una misma realidad mirada en dos niveles y campos de conocimiento distintos, la biología y la filosofía; y porque si los seres son por su forma sustancial, no puede existir un sujeto biológico hombre sin la forma sustancial humana (Ugarte Godoy, 2004; Lugo, 2006; Lugo, 2010);

Por su parte, los argumentos esgrimidos por la posición más extrema, que niega el carácter de persona humana al embrión humano antes de su implantación en el seno materno, son los siguientes:

- La existencia del elemento material que sustenta el concepto de "persona", comienza con la concepción en el seno materno o desde la anidación del embrión en el útero femenino, en el caso de la fecundación extracorpórea (Cifuentes, 1992; Bertoldi de Fourcade y Stein, 2005);

- El embrión no implantado es una masa de células sin forma humana (Cifuentes, 1992; Lamm, 2014), que tiene potencialidad de llegar a ser una persona, pero mientras no sea implantado en el cuerpo de la mujer carece de las posibilidades de desarrollarse hasta convertirse en una criatura y, por lo tanto, es una cosa que necesita ser legislada (Cifuentes, 1992; Jáuregui y Mc Donell, 2012; Lamm, 2014; Herrera et al., 2015);
- En la actualidad, y debido a la falta de normativa al respecto, el embrión no implantado debe ser considerado una cosa (Jáuregui y Mc Donell, 2012);
- La experiencia indica, que cuando se habla acerca de los tratamientos de fecundación *in vitro*, se tiende a reservar el término “concepción” para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y la persona logra quedar embarazada, como diferente incluso del procedimiento de implantación. Es decir, en el lenguaje ordinario el término “concepción” significa más de lo que puede lograrse en un tubo de ensayo y se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una persona (Lamm, 2014; Herrera, 2014);
- Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo (Lamm, 2014);
- La concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones (Lamm, 2014; Herrera, Caramelo y Picasso, 2015);
- La distinción entre embrión implantado y embrión *in vitro* radica en que, los embriones implantados tienen viabilidad para desarrollarse; o sea, en las condiciones oportunas para su evolución, su tendencia o destino natural es convertirse en fetos y en individuos neonatos tras el nacimiento; en cambio, los embriones *in vitro* sin tal transferencia no

tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia (Lamm, 2014; Herrera, 2014);

- Si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de los dos gametos, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad persona-embrión la que posibilita el desarrollo. El embrión fertilizado *in vitro* necesita ser implantado en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto (Cifuentes, 1992; Lamm, 2014);
- Un embrión humano es un miembro de la especie humana, pero eso no es suficiente para darle el mismo estatus moral de los seres humanos que son personas indiscutiblemente. Esto se debe, a que la condición moral de la persona humana no deriva simplemente de su pertenencia a la especie. En la etapa de *blastocito*, el embrión es un organismo indiferenciado de entre 100 y 200 células, que carece de un sistema de órganos, de cerebro o de cualquiera de las otras propiedades que generalmente se usan para conferir personalidad (Lamm, 2014);
- El embrión humano tiene un estatus moral intermedio. Consecuentemente, al embrión se le debe *cierto* respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana (Lamm, 2014). Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial (Bertoldi de Fourcade y Stein, 2005; Lamm, 2014);
- Decir que los embriones *in vitro* son personas, implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre (Lamm, 2014);
- El cigoto es potencial estadístico, base de datos del futuro individuo, pero todavía no es individuo, no es un ente personificado. Esto se logra con la nidación (Cifuentes, 1992).

Ahora bien, cabe preguntarse en esta instancia, cuáles serán las consecuencias, desde el punto de vista de los derechos humanos, de la adopción o defensa de una u otra

postura, a las que Ferrajoli (2002) engloba en la cuestión de la tutela del embrión, o, a la inversa, la de su libre disponibilidad.

Si nos colocamos en la vereda del reconocimiento de la personalidad del embrión humano, esta postura entra en colisión con todos aquellos que utilicen o manipulen con diferentes fines a dichos embriones. Son relevantes, en este sentido, los argumentos vertidos en el fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”<sup>29</sup> del año 2012, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al momento de dictar sentencia condenando al Estado de Costa Rica, por considerarlo responsable de la vulneración de los artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el fallo, frente a la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica que declaró inconstitucional el decreto que reguló la práctica de la fecundación *in vitro*, tras considerar que la regulación de la fecundación realizada a través de dicho método trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de los mismos, y con motivo de la decisión posterior a dicho fallo de prohibir la práctica en el citado país, en el año 2001 un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso a dicho tratamiento. Luego de que la Comisión decretara la admisibilidad de la denuncia y recomendara a Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación *in vitro*, ante el incumplimiento del Estado y luego de dos prórrogas, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. Finalmente, el tribunal condenó a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De este modo, la CIDH concluyó que por “concepción” debe entenderse “implantación”, por lo tanto, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de persona al que alude el artículo 4.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>30</sup>. De ahí, que el citado organismo sostenga que las técnicas de fertilización *in vitro* son válidas y deben permitirse y regularse debido a que posibilitan el cumplimiento de otros derechos, tales como,

---

<sup>29</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Recuperado el 05/06/2016 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>30</sup> Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, recuperado el 2/07/2015 de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

(...) la vida íntima y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; como así también, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación (Fallo Artavia Murillo, punto VIII).

Es decir que, básicamente, la adopción de la postura en examen, implicaría un desconocimiento de los derechos reproductivos<sup>31</sup> como derechos humanos fundamentales, los que incluyen, además, el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de técnicas de reproducción humana asistida, y sus posibles derivados o consecuencias, como por ejemplo, el diagnóstico genético preimplantacional y la criopreservación de embriones. En este sentido, se sostiene que el derecho a la reproducción, como derecho fundamental reconocido, debe poder ejercerse libremente.

En este contexto, además, resulta discriminatorio considerar exclusivamente los deseos “negativos” de la planificación familiar –que involucran el uso de métodos anticonceptivos- y excluir, por el contrario, los “positivos” de la planificación familiar, que se traduce en el derecho a buscar los medios para lograr un embarazo. Es interesante también, un argumento vertido por la CIDH en “Artavia Murillo”, en cuanto señala que la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* basada en la protección del embrión, constituye una discriminación hacia personas que padecen infertilidad, la que ha sido declarada como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Esto, a su vez, está ligado con otros derechos más. En primer lugar, con el derecho a la autonomía, es decir, con la posibilidad de elaborar un plan de vida y de actuar de acuerdo al mismo. Dice al respecto Fernández Sessarego (2002):

(...) el proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. Es, en síntesis, lo que le otorga razón y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible, por consiguiente, sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Por otro lado, se relaciona también con el derecho a la intimidad, que tal como se declara en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación*”. En este sentido, la vida privada familiar, que

---

<sup>31</sup> Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. IV Conferencia Mundial de la Mujer, Plan de Acción, Beijing, 1995. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>, fecha de consulta: 25/2/2016

implica poder decidir la forma de planificar la familia y de poder tener acceso a métodos adecuados para ello, forman parte de esas decisiones íntimas y privadas que los Estados están obligados a respetar.

Los derechos anteriores, deben ser complementados con el derecho a la salud y, específicamente, el derecho a la salud reproductiva. El derecho a la salud, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones por las cuales las personas pueden llevar una vida sana. En este sentido, abarca libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de ser informados y tener acceso a los métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección.<sup>32</sup>

Con argumentos más extremos, autoras como Eleonora Lamm (2014) –hablando sin eufemismos tal como declara en su artículo- sostiene que, decir que los embriones *in vitro* son personas, implica prohibir la técnica de la criopreservación de los mismos. Se eliminaría de este modo la práctica, ya que los embriones no se podrían utilizar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre; o que sólo se extraigan los óvulos a fecundar, provocando también consecuencias en la salud de la persona que acude a las técnicas de reproducción asistida. De este modo, para esta autora, entraría también esta postura en colisión con el derecho a la salud de las personas que acuden a dichos tratamientos.

Por el contrario, sostener la libre disponibilidad del embrión en virtud de no considerarlo como sujeto de derecho hasta tanto se produzca la implantación o anidación en el seno materno, se considera que afecta los siguientes derechos humanos:

. El derecho a la dignidad humana, ya que se sostiene, entre otros argumentos, que el embrión goza de una dignidad especial porque, por sí mismo, evoluciona en vida humana. Es un ser, es decir, una realidad existente y viva, que es susceptible de su propio desarrollo biológico, diferenciado y autónomo –tiene en sí mismo la fuerza evolutiva- con respecto del medio que le es apto y necesario para su subsistencia y para alimentar a aquel desarrollo propio y autónomo (Barra, 1999, Krasnow, 2006).

Además, la dignidad humana implica, entre otros imperativos, no disponer del ser humano como un medio, ni decidir sobre su origen, su vida, o su muerte, sea cual fuere su

---

<sup>32</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación Nro. 14, Nota 12, 22º período de sesiones, 2000, recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

estado de desarrollo, su decrepitud o sus carencias (López Moratalla, Santiago y Herranz Rodríguez, 2011)

.El derecho a la vida, amenazado por la aplicación a una persona de procedimientos técnicos que afectan su corporeidad (Lafferriere, 2014; Krasnow, 2006). Sin vida no hay libertad ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que la ley positiva le reconoce al individuo. En realidad, -como sostiene Badeni (2006)-, sin vida no existe el ser humano. Ella constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha declarado respecto de este derecho, que *“la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”*<sup>33</sup>, y también, que la vida de los individuos y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal.<sup>34</sup>

. El derecho al desarrollo, afectado por un procedimiento técnico reproductivo que suspende el desarrollo normal de una persona (Lafferriere, 2014);

. El derecho a la autonomía personal: sostiene Abellán Salort (1999, citado por García Fernández, 2009) que las personas gozan de una autonomía que permite que se desarrollen como tales. Esto se logra mediante una sucesión de actos voluntarios y libres. El embrión humano es una persona, por lo que posee, como los demás seres humanos, una autonomía intrínseca, que se deriva de su dignidad como ser humano;

. El derecho a la identidad, cuando se utilizan técnicas que recurren a gametos distintos del padre y la madre y se pretende desdoblar la paternidad biológica y la paternidad legal (Lafferriere, 2014);

. El derecho a la no discriminación, cuando se seleccionan cuáles embriones son transferidos y cuales son congelados (Lafferriere, 2014);

, El derecho a la integridad física, reconocido desde la concepción tanto dentro como fuera del seno materno (Sosa, 2006).

---

<sup>33</sup> C.S.J.N., “Saguir y Dib, Claudia s/autorización”, Fallos 302:1284 (1980)

<sup>34</sup> C.S.J.N., “Campodónico de Beviacqua”, Fallos 323: 1339 (2000)

Por último, y para cerrar este análisis, me referiré a la segunda cuestión planteada al comenzar este punto, y es el problema que se desprende del nuevo artículo 21 del CCyC en concordancia con el 19 de dicho cuerpo normativo. Algunos lo entienden como una cuestión de duplicación del comienzo de la existencia de la persona humana (en el útero o fuera de él), que además de generar una contradicción genera una discriminación injusta al erigirse en un doble estándar de protección (Lafferriere,2014), en donde, por un lado se protege de forma íntegra al embrión fecundado en el seno materno o al implantado en el mismo mediante alguna técnica de reproducción humana asistida; y, por otro, se desprotege -al encuadrarlos en otra categoría diferente a la de persona y al sujetar dicha protección a la sanción de una futura ley- a todos aquellos embriones que no han sido implantados. Si se trata del mismo ser humano, su comienzo no puede ser sino uno, igual para todos los seres humanos, independientemente de cómo y dónde fueron concebidos (Herrera, 2014).

Otros opinan que, frente a esta nueva realidad traída por los avances de la ciencia, es necesario en el plano jurídico tratar de forma separada al embrión implantado y al que no lo está, porque de permitirse un tratamiento común, considerando que en ambos casos la existencia de la persona humana comienza con la concepción, se producirían importantes efectos, como por ejemplo, desaparecería la posibilidad del empleo de la técnicas de reproducción humana asistida, o tampoco sería admisible el diagnóstico preimplantatorio, y menos aún podrían destinarse a investigaciones médicas los embriones sobrantes de los procesos de fecundación humana asistida (Bergel, 2014; kemelmajer de Carlucci y otros, 2014; Lamm, 2014).

La distinción hecha en el nuevo Código unificado entre embrión implantado y no implantado, genera, a su vez, otros interrogantes, como por ejemplo, si éste último es o no persona, careciendo de la calidad de sujeto de derecho. Y si no es persona, la pregunta radica entonces en determinar qué es, ¿Una cosa? ¿Un bien?, o ¿una cosa de origen humano y con destino humano?, como plantea Hermitte (citado por Lamm, 2014). Dicho de otra manera, sino es sujeto, ¿Es objeto? ¿Puede, por lo tanto, ser objeto de actos jurídicos u objeto de apropiación? Sin duda que las respuestas a estos interrogantes, es una de las cuestiones más complicadas para el desarrollo del presente trabajo de investigación y que, necesariamente, hacen al nudo del problema en análisis.

### 3. La “concepción” en el Código Civil de Vélez Sarsfield.

En el antiguo artículo 70 del Código Civil de la Nación (Ley N° 340), redactado por Vélez Sarsfield (1871), se preveía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de producirse su nacimiento, pueden adquirir derechos como si ya hubiesen nacido, quedando los mismos irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacen con vida aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

La referencia a la concepción como acaecida en el seno materno, se correspondía con los conocimientos propios de la época de la sanción de dicho Código, destacándose, en ese sentido que, en orden al nacimiento con vida, requisito de validez en la adquisición de derechos por el nacido, podía producirse de modo natural (nacimiento espontáneo)<sup>35</sup>, o por vía quirúrgica (Carranza Latrubesse, 2012).

No obstante, dicho cuerpo normativo brindaba amplias garantías humanistas en la extensión del reconocimiento de la personalidad del embrión, y se inscribía en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano, donde se había acuñado el adagio: *nasciturus pro iam nato habetur* (al por nacer se lo tiene por nacido), citado por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 63 del mismo.

En efecto, a la hora de legislar en la materia, Vélez Sarsfield encontró diversas concepciones acerca del principio jurídico de la persona. Una era la que consideraba que ello ocurría desde la concepción, y otra, la del nacimiento, porque estimaba que el feto no tenía vida independiente de la madre y además era imposible determinar cuál era el tiempo de la concepción.

En tal sentido, Savigny (citado por Llambías, 1991), siguiendo a Papiniano, afirmó que la personalidad jurídica se adquiría con el nacimiento porque consideraba que la misma no se apartaba de la realidad. Por ello desconoció y negó la subjetividad jurídica de la persona por nacer y desarrolló la teoría de la ficción que considera a dicho ser nacido únicamente con el fin de preservar los derechos que la ley le acuerda, los que afirmaba, se encuentran sujetos a la condición suspensiva de su nacimiento.

Apartándose de este criterio, el codificador sabiamente estableció que comienza la existencia de las personas desde la concepción, otorgándole subjetividad jurídica a la persona por nacer, desechando la doctrina de la ficción que había tenido amplia acogida en

---

<sup>35</sup> Ley N° 340 y modif. de 1871. Código Civil de la Nación. Artículo 71.

su tiempo, para innovar adoptando una decisión revolucionaria que marcó un hito histórico en el mundo jurídico. Es decir, ajustó su regulación a la verdad biológica, esto es que desde el momento de la concepción comienza a existir un nuevo ser distinto del padre y de la madre con derechos propios, y desde ese mismo instante es persona y por ende tiene subjetividad jurídica.

Vélez, intuyó una verdad científica que hoy está ampliamente corroborada, y es que el ser humano comienza a existir no desde el nacimiento sino desde la concepción y apuntó en una de sus notas que no se trataba de una persona futura. Por tanto, el citado codificador, no supeditó al nacimiento con vida el reconocimiento de la persona. Por el contrario, categorizó como persona al *nasciturus* en el art. 63 y definió que su existencia comienza con la concepción, y más aún, en la nota a dicho artículo enfatiza que *las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fueren personas futuras no habría sujeto que representar.*

Se puede apreciar, entonces, que el derecho humano a la vida es visiblemente reconocido en nuestro país como uno de los más importantes a ser respetado, recibiendo el correspondiente acopio en los tratados internacionales que también son ley suprema por mandato constitucional. Por lo tanto, cada ley que en consecuencia se dicte, debería hacer posible la concordancia entre la Constitución Nacional y las pautas de comportamiento tanto individual como social que las mismas estipulan. Cuando esa concordancia no se da, se corre el riesgo de que la nueva norma sea calificada como inconstitucional e inaplicable por dicho motivo.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, reconoce dos modalidades de concebir al ser humano, cuando en el –polémico- artículo 21, hace alusión al “*concebido o implantado en la mujer*”, estableciendo de este modo, una distinción entre el concebido dentro del útero materno y el implantado –cuya concepción se realizó fuera del seno materno para luego producirse la transferencia embrionaria en el cuerpo-. Las que mayor debate generan, por los derechos involucrados, son las del tipo extracorpóreas o extrauterinas, dado que el proceso de la fecundación se realiza en un laboratorio.

Ante la indefinición sobre el tema que se logra con la redacción del nuevo artículo 19° de dicho cuerpo normativo, he analizado los derechos en juego desde dos puntos de vista. Por un lado, desde el ser humano en sí mismo, lo que me llevó a abordar la controvertida cuestión de la posición o situación jurídica que el embrión adquiere frente a uno u otro método utilizado para su concepción; por otro, la situación de desigualdad y/o

desprotección que se deriva de adherir a la postura de que el embrión es persona a partir de la concepción o implantación en el útero materno.

Respecto de la primera cuestión analizada, el *estatus* o posición jurídica que tiene – o debería tener- el embrión humano para el derecho, el debate se centra en dos posiciones o teorías bien marcadas, la “clásica”, y la que he denominado “extrema”. La primera de ellas, sostiene férreamente la postura, coincidente con la “teoría de la fecundación” expuesta en el Capítulo I del presente, de que el inicio de la vida humana se produce con la unión de los gametos aportados por ambos progenitores, ya sea dentro o fuera del útero materno; y está representada por aquellos autores que postulan de forma amplia la personalidad del embrión humano. Consecuentemente, para esta corriente, el embrión humano es persona y merece la protección del ordenamiento jurídico desde el instante mismo de su concepción, ya sea esta corpórea o extracorpórea.

La segunda posición, la “extrema”, por el contrario, defiende la tesis de que el embrión humano no es persona, adquiriendo dicho carácter a partir de la concepción en el útero o de la implantación en la mujer. En líneas generales, quienes adhieren a la misma, consideran al embrión humano no implantado como una cosa –masa de células sin forma humana-, que tiene la potencialidad de llegar a ser una persona, en la medida de que sea transferido o implantado en el cuerpo humano por alguna de las técnicas de fertilización artificial existentes. Por lo tanto, esta postura extrema, difiere la protección del embrión humano no implantado, a la sanción de una ley que regule su condición no humana, pero digna de un trato especial en virtud de su potencial viabilidad para adquirir el carácter de persona.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, he analizado en el presente capítulo que, según la postura a la que se adhiera o suscriba –clásica o extrema-, las consecuencias serán diferentes. Si nos colocamos en la vereda del *reconocimiento de la personalidad del embrión humano*, esta postura entra en colisión con todos aquellos que utilicen o manipulen con diferentes fines a dichos embriones. Es decir que, básicamente, defender la misma, implicaría un desconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales, los que incluyen, además, el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de técnicas de reproducción humana asistida, y sus posibles derivados o consecuencias, como por ejemplo, el diagnóstico genético preimplantacional y la crioconservación de embriones. En este sentido, se sostiene que el derecho a la reproducción, como derecho fundamental reconocido, debe poder ejercerse libremente. Esto, a su vez, está ligado con otros derechos más, como ser, el derecho a la autonomía, en

el sentido de tener la posibilidad de elaborar un plan de vida y de actuar de acuerdo al mismo, y con el derecho a la salud, el que, a su vez, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones por las cuales las personas pueden llevar una vida sana.

Cabe, agregar, que hay autores que sostienen, que esta posición directamente implica eliminar o prohibir la práctica de la crioconservación de embriones, necesaria para implementar ciertas técnicas de reproducción humana asistida.

Por el contrario, sostener la *libre disponibilidad del embrión*, en virtud de no considerarlo como sujeto de derecho hasta tanto se produzca la implantación o anidación en el seno materno, se considera que afecta derechos humanos tales como: la dignidad humana, la que entre otros valores implica, no disponer del ser humano como un medio, ni decidir sobre su origen, su vida, o su muerte, sea cual fuere su estado de desarrollo, su decrepitud o sus carencias; el derecho a la vida, amenazado por la aplicación a una persona de procedimientos técnicos que afectan su corporeidad; el derecho al desarrollo, el que se ve afectado por un procedimiento técnico reproductivo que suspende el desarrollo normal de una persona; el derecho a la autonomía personal, el que permite que las personas se desarrollen como tales; el derecho a la identidad, en tanto y en cuanto se utilicen técnicas que recurren a gametos distintos del padre y la madre y se pretende desdoblar la paternidad biológica y la paternidad legal; el derecho a no ser discriminado, desde el momento que se seleccionan embriones al momento de ser transferidos; y, por último, el derecho a la integridad física, reconocido desde la concepción, ya sea uterina o extrauterina.

Respecto de la segunda cuestión analizada en este capítulo -problema central del tema en estudio-, la que se desprende del análisis del nuevo artículo 21 del CCyC, en concordancia con el artículo 19° de dicho cuerpo normativo, hemos visto que, algunos autores, lo entienden como un problema de duplicación del comienzo de la existencia de la persona humana (en el útero o fuera de él), que además de generar una contradicción, genera una discriminación injusta al erigirse en un doble estándar de protección; otros, en cambio, frente a esta nueva realidad generada por el avance de la ciencia, sostienen, que se hace necesario en el plano jurídico tratar de forma separada al embrión implantado y al que no lo está, porque de permitirse un tratamiento común, considerando que en ambos casos la existencia de la persona humana comienza con la concepción, se producirían importantes efectos, como por ejemplo, desaparecería la posibilidad del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, o tampoco sería admisible el diagnóstico preimplantatorio,

y menos aún podrían destinarse a investigaciones médicas los embriones sobrantes de los procesos de fecundación humana asistida.

# Capítulo III

## “El momento de la “concepción” y el status jurídico del embrión en el Derecho Comparado”

En el capítulo II, han quedado claramente expuestas las posiciones que se debaten, tras la interpretación de la nueva normativa civil y comercial de la Nación, pero también, luego del breve análisis de la cuestión que he realizado, veo que surgen nuevos interrogantes y puntos de conflicto que la citada reforma genera. La finalidad de este nuevo Capítulo es, de este modo, analizar de forma general los sistemas jurídicos que se configuran, a nivel internacional, respecto del inicio de la persona humana, y en particular, detenerme en algunas legislaciones integrantes de dichos sistemas, las que se distinguen por adoptar diferentes criterios –reguladores, permisivos o prohibitivos-, o, en algunos casos, directamente omiten legislar y expedirse sobre el tema.

### **1. El inicio de la persona humana. Sistemas a nivel internacional.**

Según Jesús Ballesteros<sup>36</sup> se pueden distinguir tres sistemas respecto del inicio de la persona humana, el sistema anglosajón, este niega la condición de sujeto de derechos al embrión y lo considera objeto de experimentación, material disponible biológico, como un simple objeto y favorable a la clonación sin fines reproductivos. Luego tenemos el modelo alemán, este lo ubica en una posición intermedia estableciendo que las técnicas de fecundación asistida únicamente son lícitas en el caso no tener otro modo de combatir la infertilidad, o en el caso de existir enfermedades hereditarias como una forma de

---

<sup>36</sup> Jesús Ballesteros, “El estatuto del embrión”, en [http://www.mercaba.org/Filosofia/ética/BIO/estatuto\\_del\\_embrión.htm](http://www.mercaba.org/Filosofia/ética/BIO/estatuto_del_embrión.htm), fecha de consulta: 29 de julio de 2009. 13 RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, Tomo I: Introducción y Personas, 7ª edición, Porrúa, México, 1996, págs. 434-437.

combatirlas. El modelo alemán solo se pueden fecundar los embriones que serán implantados *in vitro*. Por último, el modelo iberoamericano, que defiende el carácter personal del embrión y por lo tanto, lo considera sujeto de derechos.

Otros criterios orientadores de la regulación jurídica internacional, se pueden sintetizar, también, en los siguientes (Ramos Vergara, Arenas Massa y Santos Alcántara, 2014):

- Países en los que la legislación no regula las técnicas de reproducción asistida. Es caso el Estado, mediante sus diversas manifestaciones, no intervienen, en virtud de que la decisión de utilizar o no estas técnicas es un derecho propio del ámbito privado de las personas. El Estado sólo garantiza el ejercicio de la autonomía individual, el efecto es que el concebido no implantado está en una situación de desprotección jurídica, los países que adoptan este tipo solo tienen una regulación de tipo operativo administrativo que son aplicadas en los sistemas públicos de salud.
- Países en los que la legislación regula las técnicas de reproducción asistida, con límites mínimos en su práctica y efectos. En estos sistemas, la vida y tratamiento del concebido no implantado goza de relativa protección jurídica, en la medida en que se encuentra subordinado a las leyes que los reglamentan, este tipo de regulación permiten técnicas de manipulación embrionaria, en las cuales se autoriza la selección, experimentación y crio preservación.
- Países en los que la ley regula las técnicas de reproducción asistida, disponiendo límites que protegen al concebido prohibiendo efectos nocivos al mismo se reconoce el trato respetuoso y su derecho a la vida en todas las etapas del ciclo vital. Estos ordenamientos jurídicos fijan un límite máximo de embriones que pueden obtenerse por ciclo, estos deben ser implantados a la madre, prohíben la selección genética, la experimentación con embriones y la clonación.

Fue la región europea la que lideró a nivel internacional la preocupación por armonizar los criterios o principios regulatorios en materia de investigación biomédica y avances biotecnológicos, y entre ellas las materias relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). El primer pronunciamiento lo hizo el *Comité de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa*, que emitió una

recomendación (Rec. n° 934) sobre ingeniería genética en 1982 y luego en 1986 una recomendación (Rec. n° 1046) sobre utilización de embriones humanos y fetos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos y comerciales, en la cual llamó a prohibir la creación de embriones humanos por fertilización *in vitro* con fines de investigación y a prohibir el uso indeseable o desviaciones de estas técnicas.

A su vez, el Parlamento Europeo ha emitido dos resoluciones que se refieren a la reproducción humana asistida. En la primera resolución, de 1989, sobre Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética, “*propugna que sólo se criopreserven embriones humanos por un tiempo limitado para la implantación destinada al exclusivo embarazo de la mujer a la que se hayan extraído óvulos con esta finalidad*”;<sup>37</sup> y en la segunda, del 6 de septiembre del 2000 sobre la Clonación Humana, “*reitera su llamamiento para que, con el fin de evitar la creación de embriones sobrantes, se utilicen técnicas de inseminación artificial humana que no produzca un número excesivo de embriones*”.

No obstante, el documento más importante en el la región europea, es el *Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*<sup>38</sup> (o Convenio de Oviedo), que prescribió, entre otras materias: la primacía del ser humano por sobre el interés de la ciencia y la sociedad (artículo 2); la no discriminación por razones genéticas 80 (artículo 11); hacer pruebas genéticas predictivas solo con fines médicos o de investigación y con el debido asesoramiento genético (artículo 12); la intervención en el genoma humano únicamente por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas (artículo 13); la prohibición de utilizar las técnicas de la asistencia médica a la procreación para seleccionar el sexo, salvo para evitar enfermedad hereditaria vinculada al sexo (artículo 14); y, en cuanto a la experimentación con embriones *in vitro*, sólo exigió de un modo muy vago que, en aquellos países que la autorizan, se garantice una adecuada protección del embrión (artículo 18.1), aunque dejó bien en claro el consenso europeo de prohibir la creación de embriones *in vitro* para fines no reproductivos (artículo 18.2). Habría que mencionar, por último, el *Protocolo Adicional* a este Convenio de 1998 sobre “*Prohibición de la Clonación de Seres Humanos con fines Reproductivos.*”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre clonación humana, Acta del 07/09/2000 Recuperado el 02/07/2015 de <http://www.bioeticanet.info/genética/clonación.htm>

<sup>38</sup> Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de abril de 1997, Consejo de Europa, recuperado de <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

<sup>39</sup> Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, por el que se prohíbe la Clonación de Seres Humanos de enero de 1998, Consejo de Europa, recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/39.pdf>

## 2. Algunas legislaciones en particular:

. España:

La Comisión parlamentaria española para el estudio de la fecundación *in vitro*, presidida por Marcelo Palacios, emitió un Informe en la línea del Informe Warnok; incluso, yendo más allá de éste, autorizó a las técnicas de reproducción humana asistida como método alternativo de reproducción (como derecho de la mujer a procrear sola). El “Informe Palacios” de 1986 (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana), fue la base sobre la cual se elaboró la *Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, luego modificada por ley 14/2006.

Actualmente rige, entonces, en este país la ley 14/2006 y modificaciones de Reproducción Humana Asistida. Uno de los aspectos que mayor discusión ha generado, es la regulación de los embriones sobrantes, determinando qué hacer con los que se crean sin expectativas de ser implantados<sup>40</sup>, aceptando de forma expresa la donación de los mismos. A su vez, la ley en su artículo 1º, punto 2, define al “pre embrión”, entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde.

Es decir que, la legislación española reconoce diferentes niveles de valoración del óvulo fecundado según su etapa de desarrollo, considerándolo como pre embrión hasta el día catorce: “*A los efectos de esta ley se entiende por pre embrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta el día catorce más tarde.*”

El propósito es admitir la investigación y experimentación con embriones, la selección por diagnóstico preimplantacional y la clonación terapéutica en los primeros catorce días. De este modo, eludió el *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina*<sup>41</sup>, el que obliga en su artículo 18 a que toda experimentación con embriones garantice una adecuada protección del mismo, y la Recomendación 1046 (de 1986) del Consejo de Europa, que no permite intervenciones sobre embriones vivos *in vitro*, salvo que sea para su bienestar y para facilitar su desarrollo y nacimiento.

---

<sup>40</sup> Ley indica que: «Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico criopreservados, son: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b) La donación con fines reproductivos. c) La donación con fines de investigación. d) El cese de su conservación sin otra utilización.

<sup>41</sup> <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

Además, del análisis general de la ley española N° 14/06 de Reproducción Asistida, es posible distinguir tres objetos, además del declarado en su artículo 1°. El primero, es obtener más éxito en la aplicación de técnicas de reproducción asistida; el segundo, admitir las técnicas de reproducción para fines ajenos a la reproducción humana; y el tercero, consagrar la reproducción asistida como un derecho de toda persona (Jünemann, 2009).

Para lograr la primera finalidad, es decir, el mayor éxito de las técnicas, permite fecundar óvulos por ciclo sin limitar cantidad. Consecuentemente, admite la crioconservación ilimitada de los embriones sobrantes. Para el segundo objetivo –hacer admisibles las técnicas de reproducción asistida para fines ajenos a la reproducción humana-, no prohíbe fecundar óvulos humanos con fines distintos al de procreación, prohibición que si contemplaba expresamente en la ley anterior derogada (ley 35/1988). De este modo, permite la investigación y experimentación con embriones y el diagnóstico genético preimplantacional, tanto para enfermedades genéticas de los tratantes como para la cura de enfermedades de terceras personas.

A su vez, la ausencia de una norma en la ley 14/2006 que prohíba la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, creó la duda de si la ley busca autorizar la generación de embriones directamente con fines de investigación y experimentación, a pesar de la prohibición del artículo 161 del Código Penal español y del Convenio Oviedo, que prohíben la constitución de embriones con dichos fines. La imprecisión quedó aclarada por la ley 14/2007 de Investigación Biomédica, la cual prohíbe en su artículo 33 generar embriones con fines de experimentación o investigación. Los embriones que se destinen a ello, serán los sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida.

Para alcanzar el tercer propósito, esto es, consagrar la reproducción asistida como un derecho de toda persona, la ley no exige en la aplicación o uso de una técnica, una causa de infertilidad o de esterilidad humana. Es aplicable en personas fértiles que pueden procrear naturalmente, como en aquellas portadoras de enfermedades genéticas y en mujeres solas. La única limitación de acceso a una técnica de reproducción asistida por parte de una persona o pareja, está en la prohibición de maternidad subrogada o de sustitución.

#### *. Gran Bretaña:*

Este país ha adoptado una postura permisiva en cuanto a la crioconservación embrionaria, permitiendo los experimentos e investigaciones utilizando los llamados

embriones excedentes de los ya mencionados tipos de intervenciones de procreación artificial, a su vez permitiendo la conservación y producción de estos teniendo en miras una exclusiva finalidad científica.

Fue la Comisión de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología, presidida por Mary Warnok, la que emitió en 1984 un informe decisivo – al que he hecho referencia en el punto 2 del presente capítulo- que fue la base de la posterior *Ley sobre Fertilización y Embriología Humana* de 1990. El llamado Informe Warnok adoptó una posición bastante pragmática y permisiva facilitando la técnica de reproducción humana asistida con donante, la criopreservación embrionaria y la investigación con embriones sobrantes (hasta el día 14) con los debidos controles administrativos.

La *Ley de Fertilización Humana y Embriología*<sup>42</sup> sancionada en 1990, fue modificada en el año 2008, autorizó la creación de embriones híbridos mediante la unión de material genético humano y animal a los fines de investigaciones; fijando que estos deben ser desechados una vez ya utilizados, prohibiendo expresamente la utilización de los mismos tanto en humanos como animales con fines reproductivos.

La citada ley permite crear un número indefinido de embriones conocido como “hermanos salvadores” a fin de ser usados en tratamientos terapéuticos.

La ley obliga a contar con una autorización para el uso y creación de embriones para los casos de tratamiento; conservación de embriones y gametos; e investigaciones.

La última enmienda a esta ley se llevó a cabo en febrero del 2015, con motivo de autorizarse un nuevo procedimiento de fertilización asistida para evitar las enfermedades mitocondriales que causan principalmente retraso en el desarrollo<sup>43</sup>.

. *Alemania:*

Partiendo del informe Benda, Alemania dictó la *Ley de Protección de Embriones*<sup>44</sup>, Este país en 1985 sugería una protección del embrión humano, autorizando el mismo para fines exclusivamente reproductivos y su crio preservación, asimismo prohibió la fecundación con donante anónimo.

---

<sup>42</sup> Ley de fertilización humana y embriología de 10 de Noviembre de 1990, recuperado el 01/09/2016 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/81.pdf>

<sup>43</sup> (2015/ 04/02). Autorizan en Gran Bretaña la técnica de “bebés de tres padres”. *La Nación*. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1765547-autorizan-en-gran-bretana-la-tecnica-de-bebes-de-tres-padres>

<sup>44</sup> Alemania. Ley N° 745/90 de diciembre de 1990. Ley de Protección del Embrión.

En materia de fertilización artificial y en particular, respecto de la conservación de embriones sobrantes, la legislación de Alemania prohíbe la extracción de más ovocitos de los necesarios, así como la fecundación de no más de tres cada vez.

*La ley de Protección de Embriones (1990)* establece una fuerte protección al embrión, limita y prohíbe toda utilización, conducta y técnica que ocasione algún daño a los embriones humanos.

Para la utilización o uso indiscriminado de técnicas de reproducción se establecen penas de cárcel (art.1), fijando penas de hasta tres años o multa, para quien transfiera a una mujer el ovulo de otra; o quien fecundare artificialmente un ovulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el ovulo; o quien procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo; o también quien retirare un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.

El artículo 2ª de esta ley, penaliza la utilización indiscriminada de embriones humanos, fijando penas privativas de la libertad o multas, a quien venda o comercialice un embrión humano creado extra corporalmente o que haya sido extraído del útero antes de concluir la anidación, o quien lo entregue, adquiera o utilice para fin distinto de su conservación.<sup>45</sup>

En el artículo 8º se dan definiciones, entre ellas, la de embrión, sosteniendo que hay “embrión” desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del ovulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo termino se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo.

Esto significa que para poder realizar una cierta selección dentro del marco legal, la misma se debe realizar en el estadio pro nuclear, es decir, cuando el espermatozoide ya ha penetrado en el ovulo, pero todavía no se han fusionado los núcleos, conforme a la definición de embrión que da la ley Alemana.

En materia de donación de embriones, sólo está prohibida cuando: 1) Se fecunde un óvulo *in vitro* con una finalidad distinta de la llevar a término un embarazo en la mujer de la cual se ha extraído el óvulo; 2) Cuando se extrajera un embrión antes de su completa

---

<sup>45</sup> Meneses Ortiz; Luis Henri; Corcho Caceres; Aurelio Zambrano; Nacaza Zenaida(2006)Efectos Legales de los Procedimientos de Fecundación Humana Asistida Heterologa cuando No Existe Consentimiento del Marido o Compañero Permanente. Editorial Universidad Cooperativa de Colombia Página 57

implantación en el útero, con el propósito de transferirlo a otra mujer o usarlo para un fin distinto que no sea su preservación.

. *Italia:*

La Ley italiana 40/2004 llamada *Normas en materia de fecundación médica asistida*, considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad. Antes de la aprobación de la ley, las técnicas de reproducción humana asistida ya se realizaban en Italia, pero sólo estaban normadas en el sector público. Es decir que por medio de esta nueva ley 40/2004, la regulación se extiende también a la esfera privada, quedando estas prácticas reglamentadas homogéneamente en todos los centros de medicina reproductiva del país.(Junemann 2008)

Si bien el principal principio que determina las estipulaciones de la ley es el reconocimiento de los derechos de los sujetos involucrados –de las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad y del embrión-, el carácter supletorio de las técnicas de reproducción humana asistida, la tutela de la familia y el derecho de los hijos a tener como padres a sus verdaderos progenitores son también bienes acogidos por la ley 40/2004 (Junemann, 2008).

La ley 40 manifiesta, explícitamente, que la procreación médicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad. En este sentido, esta ley permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad “potencialmente fértil”. Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5) (Zurriarán, 2011).

Asimismo, se excluyen como usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres solteras, a las viudas, a las parejas homosexuales y a las “madres-abuelas” que proliferaron en Italia a modo de recurso publicitario de clínicas de fertilidad. También, se prohíbe la fecundación *post-mortem* (art. 5).

Además, la Ley 40/2004 no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3), por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el médico responsable del Centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida (art. 6.3) (Zurriarán, 2011).

A nivel de la Unión Europea, es una de las leyes que más protección otorga al concebido, de allí que en el primer artículo manifieste la protección al mismo. Otro punto destacable de la presente ley, es el título con el que se presenta, como el de “Procreación” y no de “Técnicas”, quedando claro que estamos ante un ser humano y no ante un instrumento técnico.

. *Francia:*

Cuenta con la ley N° 94-653 de Respeto del Cuerpo Humano, y la N° 94-654 de *Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo Humano y a la Asistencia Médica en la Reproducción y en el Diagnóstico Prenatal*; ambas se sitúan entre las legislaciones permisivas y las restrictivas. Estas permiten la utilización para realizar investigaciones o experimentaciones sobre el embrión dadas ciertas garantías, y fija que este uso de embriones y/o fetos humanos vivos solo puede darse en los casos en que se acredite que estas intervenciones son realizadas con miras a su propio interés; aclarando que no podrá ser concebido ni usado con fines comerciales o industriales; prohibiendo específicamente la creación de embriones a los únicos fines de luego ser destinados en beneficio de procedimientos experimentales, lo que deriva de la primacía que tiene la persona y su dignidad, protegiéndola desde el comienzo de la vida. A modo excepcional, la pareja de quien procede el embrión puede brindar por escrito su consentimiento, y solo con fines terapéuticos, para que practiquen estudios sobre el embrión. Es de destacar que esta legislación no distingue el término embrión de pre embrión.

. *Dinamarca:*

*Ley danesa sobre Fecundación Asistida del año 1997*, considera que la vida comienza en el momento de la fecundación y desde ese momento respeta la dignidad del embrión; a su vez permite la utilización de gametos, óvulos, embriones, y espermatozoides, solo a los fines de perfeccionamiento de las técnicas de fecundación asistida y las técnicas de investigación genética del embrión; sin permitir la creación de embriones para investigaciones científicas, sólo pudiendo ser utilizados los formados a través de fecundación asistida (García Ruiz, 2010).

. *El Consejo de Europa:*

En el año 1986 este organismo, recomendó a los gobiernos de los Estados miembro la adopción de límites en la utilización industrial de embriones y fetos humanos,

así como sus productos y tejidos, a los fines estrictamente terapéuticos; como así también, recomendó incorporar la prohibición de creación de embriones humanos por fecundación in vitro con fines de investigación y las manipulaciones no deseables.

En 1989, en una nueva Recomendación acogió la idea de que deberá respetarse la dignidad humana del embrión y feto humano; y estableció que bajo una estricta reglamentación los tejidos y productos podrán ser usados con fines científicos, diagnósticos y terapéuticos limitados.

En el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo de 1997*, se permite la investigación con embriones humanos in vitro, quedando expresamente prohibida la creación de embriones con fines experimentales. Se Podrán efectuar intervenciones en embriones in vitro solo con motivos preventivos, de diagnóstico o terapéuticos. Cada Estado parte podrá, discrecionalmente, autorizar o prohibir tal actividad mediante la creación de una ley; en el caso de asumir una postura favorable a la experimentación, se les impone a los Estados la obligación de que la ley misma garantice una adecuada protección al embrión.

*. Estados Unidos:*

No cuenta con una legislación de carácter nacional, pero si con leyes estatales; la mayoría de los Estados permite la realización de investigaciones usando aquellos embriones sobrantes de una fertilización in-vitro, solo si no hubiesen pasado catorce días desde el momento de la fecundación del óvulo. El Estado de Luisiana y de Nuevo México prohíben sobre el embrión su venta, destrucción o cualquier otro procedimiento que no se realizara a los fines de su posterior implantación para lograr su desarrollo, siendo la clínica donde se concibió la responsable de su custodia.

Estados como Maryland, Connecticut, California, Massachusetts y New Jersey, a su vez también prohíben la venta o comercialización de los embriones, pero obligan a los prestadores médicos a informar al paciente sobre la posibilidad de descarte de aquellos embriones no implantados; sin embargo. Como remarcan Zambrano y Sacristan otros estados, como Oklahoma, tienen una posición ambigua autorizando sólo la concepción heteróloga que se realiza con fines procreativos, pero sin establecer esta restricción con respecto de la concepción homóloga, a su vez tampoco aclaran el destino de los embriones

que a pesar de haber sido concebidos con fines procreativos, no hubieren sido implantados (Zambrano y Sacristán, 2011).<sup>46</sup>

A nivel federal se prohibió el uso de fondos públicos para crear embriones humanos para ser usados en investigaciones en las que estos fueran destruidos, descartados o sometidos a un riesgo de daño o muerte, mayor que aquel permitido en investigaciones de fetos dentro del útero (Enmienda Dickey-Wicker, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1996). Esta restricción solo se limitó a fondos de carácter público sin abarcar investigaciones financiadas con fondos privados o públicos estatales. En Marzo del 2009, la orden ejecutiva 13.505, del presidente Barack Obama, por la cual se eliminaron ciertas restricciones al empleo de fondos federales para investigaciones en nuevas líneas de células madre embrionarias, abriendo el debate acerca de si los investigadores podían crear embriones para luego cosechar células madre. Un par de días después, el ya citado presidente suscribió y prorrogó aquella Enmienda, que mantiene en pie las restricciones ya reseñadas<sup>47</sup>.

#### *Latinoamérica:*

##### *. Chile:*

Al no contar con leyes que regulen la materia, los centros dedicados a la medicina reproductiva son los que fijan que tipo de prácticas pueden realizarse en el área. A pesar de ese vacío legal, hay determinadas normas que, si bien no se dedican a tratar puntualmente las técnicas de reproducción, regulan sobre el derecho a la vida del no nacido; dentro de estas encontramos la Constitución de la República, el Pacto San José de Costa Rica, el Código Civil, y la Ley 20.120.

En el artículo 19.1 de la Constitución se resguarda el derecho a la vida de todas las personas, y también se obliga a proteger la vida del por nacer; Lo mismo establece el artículo 75 del Código Civil, fijando que será el juez quien deberá tomar todas las medidas y providencias necesarias para asegurar, garantizar y protegerá la existencia del no nacido. El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

---

<sup>46</sup> Zambrano, M. y Sacristan, E.B. (may./ago. 2012) El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina. Boletín mexicano de derecho comparado vol.45 no.134. Recuperado el 01/09/2016 de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332012000200009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000200009)

<sup>47</sup> Pisani, S (2009/10/03). Levanta Obama el veto a la investigación con células madre. *La Nación*. Recuperado el 21/06/2016 de <http://www.lanacion.com.ar/1107181-levanta-obama-el-veto-a-la-investigacion-con-celulas-madre>

de Costa Rica, que fue ratificado por Chile en el año 1990, a su vez reconoce el derecho a la vida de toda persona y protegiéndolo desde el momento de la concepción. La Ley N° 20.120 del año 2006 que regula las investigaciones científicas sobre el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación, establece en su primer artículo que su finalidad es “ (...) *proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción*”

. *Perú:*

El Código Civil peruano adoptó una postura clara sobre el inicio de la vida humana. El segundo párrafo del artículo 1° del Código Civil de 1984, sostiene que la vida humana comienza con la concepción. Constitucionalmente, también se brinda protección al concebido, tras reconocérsele la condición de sujeto de derecho “*en todo cuanto le favorece*”<sup>48</sup>.

Sostiene la autora Santillán Santa Cruz (2013), que la intención del legislador de 1984, al declarar que la vida humana inicia desde la concepción, no fue otra que la de resaltar que desde aquel instante el ser humano merece protección jurídica, considerando, además, que era importante para el codificador que normativamente quedara establecida la posición adoptada sobre el inicio de la vida humana, ya que ésta suponía el reconocimiento de un hecho biológico. La trascendencia de su reconocimiento hizo que el Código Civil peruano, a través de su artículo primero, se limitara a enunciar que con la concepción iniciaba la vida humana. Es por ello que en la legislación peruana no existe norma alguna que defina en qué momento se produce la concepción.

Por otra parte, aún no se ha legislado en dicho país acerca de las técnicas de reproducción humana asistida. Es por eso que, parte de la doctrina entiende aplicable el mencionado artículo 1° del Código Civil peruano de 1984, quedando claro que no puede excluirse a los embriones *in vitro* o fecundados artificialmente del ámbito del mismo, al menos en lo que se refiere a sus derechos fundamentales: los de carácter personal o no patrimonial (Santillana Cruz, 2013; Espinoza Espinoza, 2008; Fernández Sessarego, 1998).

. *México:*

---

<sup>48</sup> Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2.1

Este país cuenta con *la Ley General de Salud*<sup>49</sup>, en materia de Investigación para la Salud, en el que se puntualizan dos etapas en el desarrollo del nasciturus, la de embrión y la de feto; protegiéndolo de investigaciones que lo expusieran a un riesgo o que afecten su pleno desarrollo, con la excepción de que deban ser realizadas a los efectos de salvar la integridad física y la vida de la madre.

Con las reformas de los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución que abarcan el tema de la Nacionalidad; se esclarece toda duda acerca de si el concebido no nacido es considerado para la carta magna persona o no y si en consecuencia gozan de derechos constitucionales, cuando a través del artículo 3º transitorio se puntualiza que: “(...) las disposiciones (...) seguirán aplicándose, respecto de la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia(...)” (García Fernández, 2009)

. *Brasil:*

Las leyes que protegen los derechos que poseen los concebidos, a su vez los distinguen de los nacidos, habiendo tres posiciones: La primera, establece que la personalidad comienza en el momento de la concepción; la segunda determina que el concebido tiene una personalidad condicional; y la tercera dispone que solo cuenta con personalidad a partir del momento de su nacimiento. El Novo Código Civil Brasileiro en su artículo 2º, instaura que la personalidad civil del hombre comienza con el nacimiento con vida, pero resguarda los derechos del concebido desde su concepción (García Fernández, 2009).

En el año 2005 se aprobó en Brasil la *Ley de Bioseguridad*<sup>50</sup> la que autoriza el uso en investigaciones y terapias médicas, de embriones generados con técnicas de fecundación in vitro, que se encuentren congelados en clínicas de fertilización con mínimo de tres años.

. *Uruguay:*

En el año 2013, con la sanción de la Ley N° 19.167 denominada *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*<sup>51</sup>, logro ser de los pioneros de entre los países latinoamericanos en legislar específicamente la materia.

---

<sup>49</sup> México. Ley General de Salud de febrero de 1984, última reforma junio de 2016.

<sup>50</sup> Brasil. Ley N° 11.105 de marzo de 2005. Ley de Bioseguridad.

<sup>51</sup> Uruguay. Ley N° 19.167 de noviembre de 2013. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El artículo 1º de la citada ley, se mencionan diferentes tipos de prácticas como la crioconservación y la donación de embriones, así como la procreación subrogada. A su vez establece que de ser viable los embriones sobrantes se preservarán para luego ser trasplantados en un posterior ciclo, siempre que la mujer no se negara, caso en que serán congelados (conf. art. 11); con respecto a los embriones “no viables” no se hace referencia. El artículo 18 prohíbe la investigación o experimentación científica utilizando embriones creados con técnicas de reproducción humana asistida con el fin de desarrollar embarazos, y el 19, prohíbe la clonación de seres humanos.

. *Costa Rica:*

El Código Civil de Costa Rica<sup>52</sup> en su artículo 31, regula la existencia de las personas, estableciendo que:

(...) La persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación leal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal.<sup>53</sup>

Es decir que, para este ordenamiento legal, la existencia de la persona física comienza con el nacimiento con vida.

En la Constitución de 1991, a los hijos que fueron concebidos utilizando métodos científicos se les da igualdad de derechos tanto como obligaciones que aquellos concebidos naturalmente. En esta no se puntualiza sobre el tema de la Reproducción Humana Asistida, lo que permite recurrir a los estos procedimientos sin ahondar en cuanto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Sin embargo se puede ver que el uso, y por ende la existencia, de estas prácticas son reconocidas implícitamente, no solo del artículo 42 de la Constitución, sino también a través de la sanción que dispone el Código Penal con referencia a situaciones dadas en la inseminación artificial sin el consentimiento, la manipulación genética, y a la transferencia de óvulos a consentida.

Si bien han existido interesantes proyectos de ley como ser el Proyecto de Ley N° 148 del año 2011, que tenía por objeto reducir el número de embriones en la práctica de la FIV; o la Ley N° 46 del año 2003, el cual brindaba un marco regulatorio a los contratos referidos a técnicas de reproducción humana asistida; Estos y varios otros no han sido prosperado, principalmente debido a cuestiones morales, éticas e incluso religiosas. A los efectos de regular el funcionamiento básico, los principios que guiaran los centros

---

<sup>52</sup> Costa Rica. Ley N° 63 28 de septiembre de 1887 y modif. Código Civil.

<sup>53</sup> Artículo 31 Código Civil de Costa Rica. Reformado por Ley N° 5476 de diciembre de 1973.

dedicados a estas prácticas, y los parámetros a los cuales deben adecuarse tanto donantes como receptores de material biológico; el legislados delego en entidades de carácter administrativo, a ser el Ministerio de Salud, esta tarea<sup>54</sup>

De este análisis se puede concluir que a pesar de que durante hace más de 20 años se practican este tipo de procedimiento, la legislación no brinda un marco regulatorio a los mismos y se puede incluso decir que no se ha superado el vacío legal existente en la materia.

. Colombia:

El artículo 11° de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que el derecho a la vida es inviolable, sin recurrir, contrariamente a lo que sucede en el resto del capítulo I de dicha norma fundamental, a la voz “persona” como titular del derecho. Así, por ejemplo, el artículo 13, establece que “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*”; el 14, que “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”, o el artículo 15, que prevé que “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad*”.

Por su parte, la legislación civil<sup>55</sup>, establece en su artículo 90 que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre; mientras que el artículo 91, que contiene la “*protección al que está por nacer*”, estipula la protección de la vida del que está por nacer, facultando al juez, a petición de cualquier persona, o de oficio, a tomar las providencias que le parezcan necesarias o convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo pelagra.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hay dos fallos a destacar que tratan sobre este tema:

1.- Un primer precedente, es del año 1994<sup>56</sup>. En este fallo, la Corte Constitucional brinda su interpretación acerca de la protección que se le otorga al por nacer en la Constitución, toda vez que establece que si bien el mencionado texto legal reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida de quienes son personas pertenecientes al género humano, esto no significa carencia de protección constitucional a la vida humana

---

<sup>54</sup> Arevalo Vargas, A. y Pineda Rubiano, J. P. Una Nueva Perspectiva para las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia; 2013; Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Recuperado el 1/09/2016 de <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/15353/1/ArevaloVargasAngela2013.pdf>

<sup>55</sup> Colombia. Ley N° 57 de mayo de 1873 y modificaciones. Código Civil.

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia. “Sochandamandou, Alexander”, C-133/94 (1994). Recuperado el 14/11/2015 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>

que está latente en el feto; así esta interpretación protege tanto la existencia de la persona jurídica natural como el producto de la concepción cristalizado con el nacimiento, como también el proceso en sí de la vida humana, iniciado con la concepción, desarrollado con el feto, la que luego adquirirá su propia individualidad con el nacimiento mismo. Por lo tanto, y siguiendo esta línea de razonamiento, la vida protegida por la Constitución comienza con la concepción, aunque al feto no se lo considere persona

2.- Otro pronunciamiento, es el que dio la Corte Constitucional en el año 2006<sup>57</sup>, en el mismo manifiesta que la vida tiene diversos tratamientos normativos dados por el ordenamiento constitucional, así el Artículo 11 de la carta magna colombiana consagra el derecho a la vida, el cual se diferencia de la vida amparado como bien jurídico en sí. De este modo la titularidad para el ejercicio del derecho a la vida, presupuesto necesario del mismo, está limitado a la persona humana, siendo que a su vez la protección de la vida en sí abarca incluso a los concebidos, quienes todavía técnicamente no han alcanzado ese estado de persona humana; siendo el legislador quien deberá procurar las normas adecuadas para asegurar una correcta y efectiva protección al citado derecho. Con este fallo la corte pone de manifiesto un cambio en su discurso, estableciendo una diferencia entre la *vida* del *derecho a la vida*, y destacando que si bien el concebido al no ser persona humana no cuenta con titularidad para el ejercicio del derecho a la vida, la constitución le otorga protección a su vida.<sup>58</sup> Interpretación jurisprudencial con la que no estoy de acuerdo, desde el momento que la distinción realizada por la Corte Constitucional de Colombia contradice el principio constitucional que emana del artículo 11 de la Constitución de dicho país, que expresamente consagra la inviolabilidad de la vida humana, haciendo distinciones que el constituyente no ha hecho en dicha carta magna.

Por otra parte, si bien existen varios proyectos de ley, en Colombia no hay todavía ninguna ley que regule la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

. *Paraguay:*

La legislación de este país, protege al ser humano desde el momento de la concepción. La persona por nacer, de este modo, tiene una personalidad diferente y excepcional, ya que se halla condicionada al hecho de que la persona nazca con vida y

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia. “Roa López, Mónica del Pilar y otros”, C 355/06 (2006). Recuperado el 14/11/2015 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

<sup>58</sup> Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. 12/2007. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. Revista de Derecho Vol. XX - N° 2. Páginas 95-130. Recuperado el 1/09/2016 de [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200005&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200005&script=sci_arttext)

limitada a la adquisición de bienes por donación, pero esta excepcionalidad no implica un menoscabo a su personalidad.

La Constitución Nacional paraguaya de 1992, en su artículo 4º, prevé el derecho a la vida, sosteniendo que es inherente a la persona humana, y que “(...) *se garantiza su protección, en general, desde la concepción (...)*”.

El Código Civil de Paraguay<sup>59</sup> en su artículo 28 define, que la persona física adquiere capacidad de derecho desde su concepción para recibir bienes por donación o legado; el artículo 40, a su vez, establece que pueden ser representantes necesarios de los incapaces de hecho absolutos y relativos, de las personas por nacer, los padres, y por incapacidad de éstos, los curadores que la justicia designe.

Hay que tener en cuenta, también, el Código Penal<sup>60</sup> de este país, específicamente el artículo 134 del mismo que se refiere al maltrato de menores, por el que se sancionará con pena privativa de la libertad de hasta dos años con multa, al encargado de la educación, tutela o guarda de un menor de dieciséis años que sometiera a éste a dolores psíquicos considerables, lo maltratara grave y repetidamente o le lesionara su salud; como así también, el Código del Menor<sup>61</sup>, el que regula los derechos y garantías de los menores desde su concepción hasta la edad de veinte años cumplidos, en que termina la minoridad y comienza la mayoría de edad.

Respecto de las técnicas de reproducción humana, la República de Paraguay no cuenta con una ley especial que regule las mismas.

Del análisis de la legislación comparada, se puede apreciar, de este modo, que muchos países –principalmente europeos-, han legislado en materia de reproducción humana asistida. Pero pese a la existencia de estas regulaciones, solo dos países han introducido de algún modo, una definición del término embrión. Nos referimos a España y Alemania, países que, no obstante, se encuentran en las antípodas de la protección brindada al embrión humano. Recordemos en este sentido, que la legislación española admite la investigación y experimentación con embriones, la selección por diagnóstico preimplantacional y la clonación terapéutica en los primeros catorce días de existencia del denominado –por la ley 14/2006- como “pre embrión”, y que ante la ausencia de una norma que prohíba directamente la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, se generó la duda de si se busca autorizar la generación de embriones

---

<sup>59</sup> Paraguay. Ley N° 1183/85 de diciembre de 1985. Código Civil.

<sup>60</sup> Paraguay. Ley N° 1160/97. Código Penal.

<sup>61</sup> Paraguay. Ley N° 903/8. Código del Menor.

directamente con fines de investigación y experimentación; mientras que la alemana, tiene una fuerte protección embrionaria, la que se ha visto reflejada con la sanción de la *Ley de Protección del Embrión* de 1990.

En Latinoamérica, sólo Argentina y Uruguay cuentan con una ley que regula la reproducción humana asistida; no obstante, ninguno de esos instrumentos legales define qué es un embrión.

Surge también, de la observación de los diferentes ordenamientos jurídicos, que el origen de la persona física, a nivel jurídico como sujeto de derecho, guarda directa relación con la regulación (o no) respecto de la fecundación humana asistida; es por eso que, tal como se anticipó en la breve introducción a este capítulo, los ordenamientos que consideran que la persona humana como sujeto de derecho se inicia con la concepción –ya sea dentro o fuera del útero materno-, en general, son los que omiten legislar y regular respecto del uso de las diferentes técnicas humanas de reproducción artificial y del destino y status jurídico del embrión –situación que se aprecia mayormente en países de Latinoamérica, tales como Chile, Perú, México y Paraguay-.

En líneas generales, se observa que los avances científicos pasan por sobre el Derecho, el que se retrasa a menudo, en su adecuación a las consecuencias de aquellos. Esta diferencia de tiempos existente entre la ciencia y el derecho, genera lagunas legales en ciertas áreas concretas, las que deberán de ser abordadas en simultaneo con el avance científico, para evitar de este modo que el estancamiento legal frente al mencionado progreso genere un estado de desprotección en la sociedad. En concreto en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, los vacíos legales generan consecuencias en el ámbito civil, administrativo, y penal; lo que genera la necesidad de que el derecho regule en cuanto por ejemplo: las receptoras de las técnicas, el material embriológico descartado, la manipulación de los mismos, los donantes de materiales usados.

Como lo indica el Consejo de Europa en su Recomendación N° 1046-<sup>62</sup> se hace necesario definir el status jurídico del desarrollo embrionario, que hasta el momento se hizo muy poco y de forma deficiente, como surge de la lectura de exposición de motivos de la derogada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española<sup>63</sup>: “(...) *que la fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de Reproducción Humana Asistida en las*

---

<sup>62</sup> Recomendación N° 1046 de 1986. Consejo de Europa, 38ª Sesión Ordinaria,

<sup>63</sup> España. Ley 35/1988 del 22 de noviembre de 1988. Técnicas de Reproducción Asistida. Disposición Derogada. Exposición de Motivos. Recuperado el 1/09/2016 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>

*personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial-farmacéutico, de investigación y/o experimentación; por lo que, es evidente que dichos materiales no pueden ser utilizados de forma incontrolada, y que su disponibilidad, uso y transporte deben ser regulados y autorizados al igual que los centros que los manipulen o en los que se depositen.”*

## **Capítulo IV**

### **“El momento de la concepción en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”**

Llegados a este punto, es necesario abordar cuáles fueron los antecedentes legislativos de la reforma introducida en nuestra legislación civilista en el año 2014, con el objetivo de poder dilucidar cuáles eran las ideas y concepciones que se debatían, en esa instancia, en torno a la reforma. Tal vez este breve análisis pueda ayudar a comprender el sentido de la actual redacción del artículo 19 del Código Civil y Comercial, en concordancia con los demás artículos comprendidos en la nueva legislación que tienen

estrecha relación con el mismo, a saber, el artículo 21, el artículo 561, entre otros; como así también, con la nueva Ley de Reproducción Medicamente Asistida<sup>64</sup>.

Con este fin, este Capítulo tendrá como eje de análisis los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012, como así también, los fundamentos del Proyecto de Condigo Civil del año 1998 que ha servido de base, en cuanto a la terminología utilizada en el Título I del Libro Primero, a la redacción del actual.

También se tendrán en cuenta los dictámenes que se llevaron a cabo en el marco del trabajo de la Comisión Bicameral creada a los efectos de la reforma Civil y Comercial, y haré una breve referencia, dada su importancia para interpretar la nueva normativa, a la ley mencionada anteriormente de reproducción medicamente asistida.

## **1. Los antecedentes de la reforma. El Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 y el momento de la concepción.**

La Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos señalados por el decreto presidencial 191/2011, presentó el *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* y sus *Fundamentos*, en los que se detalló tanto el método como los principios que inspiraron el trabajo de dicha Comisión.

Respecto de la redacción, específicamente, del artículo 19 del Código Civil y Comercial unificado, la misma ha variado en casi todas las etapas que ha atravesado. Es así que, al finalizar la primera etapa de redacción del Proyecto de Código Civil y Comercial por parte de la mencionada Comisión, la que concluyó con la entrega del Proyecto al Poder Ejecutivo nacional en marzo del año 2012, dicho artículo quedó redactado de la siguiente forma:

La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

Para explicar el sentido de la reforma en este punto, acudiré a los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 2012<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Ley N° 26.862 de junio de 2013. Ley de Reproducción Medicamente Asistida

En primer lugar, se aclara en dicho texto, que se ha seguido respecto de la terminología del Título I del Libro Primero, al Proyecto de Código Civil del año 1998<sup>66</sup>, en el cual se utiliza la denominación “persona humana” y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente.

En los fundamentos del Proyecto de Reforma de 1998, se justifica el abandono de la definición del concepto de persona contenida en el artículo 30 del Código de Vélez, sosteniendo que la noción de persona proviene de la naturaleza, por lo tanto, es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo. La definición de persona a partir de su capacidad de derecho –sostienen los autores del Proyecto de 1998-, confunde al sujeto con uno de sus atributos, además de que el hecho de que la personalidad del mismo sea concedida por el ordenamiento jurídico, es una falsa idea. Es por eso que, para este Proyecto de Reforma, “la persona” es un concepto anterior a la ley: el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Agregan, los autores, que esta noción de persona es la que alberga la Constitución Nacional desde su sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la Asamblea del Año XIII, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de Derechos Humanos en texto que rige a partir de la reforma de 1994.

Al tratar el comienzo de la existencia de las personas se dispone, entonces, en este cuerpo normativo presentado por la Comisión Redactora en el año 1998, que ello acontece con la concepción, y respecto de la eliminación de la expresión “*en el seno materno*”, se argumenta que de esta forma el texto se adecua a la realidad científica vigente, como así también, a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.<sup>67</sup>

Retomando los fundamentos vertidos por los autores del Proyecto de Unificación del año 2012, veo que también expresan en los mismos que la frase de que la “*existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno*”, responde a la tradición jurídica argentina, y que, además,

La idea del Proyecto es que, por el contrario, la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la Asamblea de 1813, y la que fue

---

<sup>65</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado. Comisión de Reformas. Decreto 191/2011. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

<sup>66</sup> Proyecto de Código Civil de diciembre de 1998, Comisión designada por Decreto P.E.N N° 685/95. Recuperado de [http://www.leivafernandez.com.ar/?page\\_id=29](http://www.leivafernandez.com.ar/?page_id=29)

<sup>67</sup> Proyecto de Código Civil de diciembre de 1998. Fundamentos del Proyecto de Código Civil. Anexo I. Libro Segundo, Título I, punto 3.

ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994<sup>68</sup>.

Y, respondiendo a la necesidad de regular el uso de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la segunda parte del artículo 19 del Proyecto del año 2012, se presentó como una de las tantas novedades de la reforma, al estipular que en el caso del uso de dichas técnicas, la persona humana comienza con la implantación del embrión en la mujer – y de este modo, sigue los lineamientos del Proyecto del año 1998, aceptando la posibilidad de que la concepción sea extracorpórea-.

Es decir que, tanto en los antecedentes del Proyecto del año 2012 como en el Proyecto mismo, se procuró conservar la protección de la persona humana desde el momento de la concepción; no así, la del embrión humano, ya que la idea contenida tanto en el Proyecto del año 1998 como en el del año 2012, es la recepción o el reconocimiento legislativo de la concepción extrauterina y del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La protección del embrión llegaría a través de una ley del Congreso de la Nación.

Esta primera etapa de redacción del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, fue seguido por una segunda etapa en que dicho proyecto fue analizado por el Poder Ejecutivo Nacional.<sup>69</sup> En esta instancia, se introdujeron algunos cambios –aunque ninguno afectó al artículo 19-. Finalmente, el Proyecto pasó al Poder Legislativo para su tratamiento correspondiente. La tercera etapa comienza, de este modo, con la formación de una *Comisión Bicameral* en la que se desarrollaron numerosas audiencias públicas en distintas provincias del país, y se emitieron diferentes dictámenes:

*Senado de la Nación – Orden del día N° 892/2013 de fecha 20/11/2013:*

.Dictamen de la Comisión encabezada por los legisladores Marcelo Fuentes y Diana Conti<sup>70</sup>: aconsejan la aprobación del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, ingresado por el Honorable Senado de la Nación bajo expediente 57-P.E-2012 y remitido a la Comisión Bicameral el 8/08/2012. En dicho proyecto, el artículo 19 queda redactado de la siguiente manera:

---

<sup>68</sup> Proyecto de Código Civil de diciembre de 1998. Fundamentos del Proyecto de Código Civil. Anexo I. Libro Segundo, Título I, punto 2.

<sup>69</sup> Decreto P.E.N 191/2011. Modificación de Reformas. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N..pdf>

<sup>70</sup> Senado de la Nación. Orden del día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legisladores Fuentes y Conti. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_normal.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_normal.pdf)

Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

. Dictamen de la Comisión encabezada por la legisladora Liliana B. Parada<sup>71</sup> que rechaza el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional<sup>72</sup>.

En las consideraciones vertidas específicamente respecto del artículo 19, en este dictamen se sostiene, que la reforma tratada es un avance, desde el momento que avala la posibilidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así como la investigación con células madres, permitiendo, de este modo, el derecho a constituir una familia (art. 14 bis CN) y el derecho a la salud (Art. 33 CN). Pero al mantener la primera parte del artículo 19 en su actual redacción –continúa dicho documento–, es una contradicción a los tratados y convenciones internacionales y con los avances científicos logrados. *“Hay que considerar, entonces, la existencia de la persona humana desde su nacimiento, sin perjuicio del reconocimiento de derechos civiles retroactivamente desde el momento de la concepción”*- argumentan los autores del citado dictamen-. Y esto, porque el Código Civil es un instrumento jurídico, por lo tanto, en él no corresponden definiciones filosóficas ni ideológicas –*“aunque se las llame de bio-ética”*–, concluyen.

Además, consideran que no se puede entender al embrión como algo estático, ni tampoco, que al unirse dos gametos se inicie un proceso que dé comienzo a la vida humana. Es contra el pensamiento científico considerar al embrión en forma genérica, sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo, apreciándose que la embriogénesis es un proceso continuo. Aunque no es posible establecer cuándo termina o empieza cada etapa, sí se pueden distinguir fases sustancialmente diferentes, derivando en distintos tratamientos legislativos. En este sentido, sostuvieron:

La certeza que el embrión cambia de status es el nacimiento, dejando de ser parte incompleta de un proceso dinámico. Es por ello que la debida aproximación de los conceptos jurídicos y biológicos es fijar el momento del nacimiento como principio de la existencia de la persona<sup>73</sup>.

. Dictamen de la Comisión encabezada por el legislador Pablo Tonelli<sup>74</sup>.

En el mismo, se considera que el artículo 19 del Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, debería modificarse, básicamente, por ser de *“muy dudosa legalidad por la*

---

<sup>71</sup> Senado de la Nación. Orden del día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legisladora Liliana Parada. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexo.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexo.pdf)

<sup>72</sup> P.E.N. Expediente N° 57 P.E.-2012.

<sup>73</sup> Senado de la Nación. Orden del día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legisladora Liliana Parada. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexo.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexo.pdf)

<sup>74</sup> Senado de la Nación. Orden del día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legislador Pablo Tonelli. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexoI.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexoI.pdf)

*desigualdad que implica*”. También, porque contradice tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en los cuales se reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin aditamentos ni distinciones.

Si bien se observa en este documento emitido por la citada Comisión, la naturaleza controversial de la situación o estatus jurídico de los embriones no implantados, argumentan que debería prevalecer respecto de los mismos, el principio *pro homine*. En definitiva –alegan- la doble categoría para considerar el comienzo de la persona humana - natural o mediante fecundación asistida- establecida en el artículo 19 -con la redacción del proyecto enviado por el P.E.N-, es inadmisibles, y es dudoso, también, que pueda sortear exitosamente un test de constitucionalidad. La Convención Americana de Derechos Humanos y los demás pactos concordantes, no hacen ningún tipo de distinción al respecto, por lo cual no es probable que el Código Civil pueda hacerlo.

. Dictamen de la Comisión encabezada por la legisladora Graciela Camaño<sup>75</sup>.

El mismo, aconseja el rechazo del Proyecto enviado por el P.E.N<sup>76</sup>. Particularmente, respecto del artículo 19 del proyecto tal como fuera enviado por el P.E.N, se lo califica como “*peligrosa concepción sobre el comienzo de la persona humana*”, en virtud de que se considera en este documento, que el citado artículo consagra una “*solución que se opone con la tradición jurídica de nuestro país*”, ya que los embriones obtenidos por reproducción asistida *in vitro* que no hayan sido transferidos a una mujer, no son considerados como personas humanas. En lugar de ello –fundamentan-, el codificador debería ceñirse a actuar conforme a las reglas que estatuyen los tratados internacionales que con jerarquía constitucional integran nuestro sistema jurídico, y no ir más allá de ellos. Es por eso, que la norma contenida en el artículo 19, debió limitarse a afirmar que el comienzo de la persona humana en el momento de la concepción o de la fecundación, sin más.

. Dictamen de la Comisión integrada por los legisladores Ernesto Sanz, Ricardo Gil Lavedra, Mario Negri, Gerardo Morales y María Storani<sup>77</sup>. Esta Comisión, aprobó el Proyecto enviado por el P.E.N, no haciendo ninguna modificación a la redacción del artículo 19 contenido en el mismo.

---

<sup>75</sup> Senado de la Nación. Orden del día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legisladora Graciela Camaño. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexoII.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexoII.pdf)

<sup>76</sup> P.E.N. Expediente N° 57 P.E.-2012.

<sup>77</sup> Senado de la Nación. Orden del Día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legisladores Sanz, Gil Lavedra, Negri, Morales y Storani. Recuperado de [http://ccycn.congreso.gob.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexoIII.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexoIII.pdf)

. Dictamen de la Comisión encabezada por el legislador Adolfo Rodríguez Saa<sup>78</sup>, en minoría.

En este documento, se aprueba el Proyecto de reforma del Código Civil enviado por el P.E.N. Respecto de la redacción del artículo 19, particularmente, proponen la que establece que “*el comienzo de la existencia de la persona humana comienza con la concepción*”.

*Cámara de Diputados de la Nación – Sesiones Ordinarias – Orden del día N° 829*<sup>79</sup>

En este orden del día, el Senado de la Nación comunica a la Cámara de Diputados, la sanción del Proyecto de ley de Código Civil y Comercial de la Nación unificado, con las modificaciones introducidas al dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los mencionados Códigos.<sup>80</sup> En el mismo, el artículo 19 queda redactado tal como el Código Civil y Comercial de la Nación vigente lo contempla actualmente: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”; lo mismo sucede con el artículo 21 del proyecto aprobado por la Cámara de Senadores, el que también es igual al vigente en la actualidad: “*Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida (...)*”.

De esta forma, en noviembre del año 2013, cuando la Cámara de Senadores otorga media sanción al Proyecto, la Comisión Bicameral que discutía la iniciativa admitió, finalmente, las modificaciones al artículo 19, respecto del texto original redactado por la Comisión integrada por el Dr. Ricardo Lorenzetti –como presidente-, junto a sus colegas Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci.

En síntesis, el actual artículo 19 del C.C. y C pasó por sucesivas redacciones, las que transcribo a continuación:

. Texto del Proyecto del Poder Ejecutivo presentado en junio de 2012:

ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

. Texto del *pre dictamen* presentado el 14 de noviembre de 2013:

---

<sup>78</sup> Senado de la Nación. Orden del Día 892/2013. Dictamen de Comisión. Legislador Rodríguez Saa. Recuperado de [http://ccydn.congreso.gov.ar/orden\\_del\\_dia\\_892/892-2013\\_anexoIV.pdf](http://ccydn.congreso.gov.ar/orden_del_dia_892/892-2013_anexoIV.pdf)

<sup>79</sup> Cámara de Diputados de la Nación. Orden del Día N° 829/13. Recuperado de <http://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-132/132-829.pdf>

<sup>80</sup> Proyecto de Ley de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. Modificaciones introducidas al Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/NUEVO/Periodo2013/PDF/0102-S-13.pdf>

ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer. Disposición transitoria: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.

. Texto final, aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el 1º de octubre de 2014:

ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Disposición transitoria: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.

Se puede observar, de este modo, que de los tres artículos transcritos, el texto que finalmente fue sancionado peca de una indefinición respecto del tema debatido, que da lugar a diferentes interpretaciones y no mantiene una coherencia respecto del resto de los artículos que expresamente refieren a la concepción en el seno materno o fuera de él. El artículo 19 del *pre dictamen* del 14/11/2013 hubiera sido esclarecedor, sentando una posición clara en nuestra legislación argentina respecto de la existencia y regulación de ambos tipos de concepción, que, por otro lado no hace más que recoger una situación de hecho que es refrendada con la sanción de la ley 26.862 de *Acceso integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida*<sup>81</sup> y su Decreto Reglamentario.<sup>82</sup>

No obstante, a pesar de que la redacción más conveniente hubiera sido la anteriormente mencionada, considero que no, no obstante, no hubiera solucionado el problema de la discriminación legislativa consistente en la falta de protección del embrión no implantado frente a la mejor posición jurídica que tiene aquel que ya ha sido implantado o concebido en el útero materno.

## **2. El nacimiento de la persona humana en el Código Civil y Comercial unificado. Diferentes interpretaciones que surgen de la doctrina nacional.**

Antes de comenzar con el análisis de la interpretación que los diferentes autores consultados hacen respecto de la reforma acaecida en torno al tema que nos ocupa, haré

---

<sup>81</sup> Ley N° 26.862 de junio de 2013. Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.

<sup>82</sup> Decreto P.E.N. N° 956/2013.

una breve referencia a las normas contenidas en el Código Civil y Comercial<sup>83</sup>, que han sido reformadas o incorporadas y que hacen alusión al momento de la existencia de la persona humana, a la fecundación corpórea o extracorpórea, a los derechos del concebido, como así también, a la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Todo esto en función, de que es importante a los fines de entender el sentido de la modificación contenida en el nuevo artículo 19°, hacer una interpretación sistémica de la nueva normativa –además de tener en cuenta los antecedentes legislativos tratados en el punto anterior-.

El artículo 19° del nuevo Código Civil y Comercial, establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Por su parte, el artículo 20°, habla de la época de la concepción, aunque en realidad se refiere al tiempo del embarazo, ya que establece que

(...) la época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

Mientras que el artículo 21 de dicho cuerpo normativo, prevé respecto del nacimiento, que los derechos y obligaciones del *concebido o implantado* en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si a su vez tomamos el Título “Sucesiones”, se puede ver que el artículo 2279, enumera las personas que pueden suceder al difunto entre las que nombra a “*los concebidos, en ese momento que nazcan con vida*” y a “*los nacidos después de su muerte, mediante técnicas de reproducción humana asistida*”. Es decir que, en este artículo, conviven los dos supuestos del inicio de la persona física que se aceptan jurídicamente, permitiendo que los mismos sean sucesores y puedan ser implantados después de la muerte del causante.

Se destacan, también, los artículos que integran el capítulo dedicado a las *Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*. Así, el artículo 560, respecto del consentimiento sobre dichas técnicas, dice que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida y que el mismo debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Por su parte, el último párrafo del artículo 561, sostiene que el consentimiento es libremente revocable mientras *no se haya producido la concepción en la persona o la*

---

<sup>83</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Entrada en vigencia el 1/8/2015. Artículo 1° Ley 27.077.

*implantación del embrión.* Como así también, la disposición transitoria segunda del Código Civil y Comercial, establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar *una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado.*

Por último, mencionaré las normas que a la vez que consagran derechos, protegen al concebido:

. El artículo 17, que introduce los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, manifestando que no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respeten alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

. El artículo 51, que dentro del Capítulo III *De los Derechos y Actos Personalísimos*, incluye la *inviolabilidad de la persona humana* y el *reconocimiento y respeto de su dignidad.*

. El artículo 57, el que a su vez declara como práctica prohibida “*todas aquellas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*”.

Centrándome, ahora, en el estudio de la doctrina de los autores respecto de la reforma operada en torno al comienzo de la existencia de la persona humana, observo que el análisis que los mismos hacen de la controvertida cuestión, está indefectiblemente atravesado por sus creencias o convicciones personales –ya sea de tipo bioéticas, religiosas, biológicas o filosóficas-. Es por eso que, de la investigación realizada, surgen aquellas voces que se enrolan en la corriente que postula el reconocimiento de personalidad jurídica al embrión humano desde el momento de la concepción, sea esta *intra* uterina o *extra* uterina, producto de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. En general, los mismos han vertido sus fundamentos o argumentos a través del análisis de fallos jurisprudenciales, de la interpretación de las nuevas normas - como el Código Civil y Comercial unificado o la ley 26.682- o de normas existentes –Constitución Nacional, Tratados Internacionales y normas nacionales- o de normas que han perdido vigencia –como el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield-, como así también, de proyectos de ley anteriores y de algunos vigentes en espera de ser aprobados.

Dentro de este grupo, se puede encontrar al autor López de Zavalía (s.f.), quien, analizando la redacción del nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial, sostiene que el texto sigue la tradición jurídica que encarnara el artículo 70 del Código Civil, aunque suprimiendo la alusión al “seno materno” como ámbito donde acontece la concepción,

único que podía contemplar el texto de Vélez Sarsfield en el momento histórico de su sanción.

Respecto de la supresión de la segunda parte del citado artículo que contenía el Proyecto elevado al Congreso<sup>84</sup>, considera que la misma, aunque positiva para él, es incompleta ya que entra en colisión con otros textos del mismo Código, como los artículos 560 y 561.

Para López de Zavalía (s/f), las conclusiones están fundadas en la “experiencia común”, es decir, que no es necesario, para este doctrinario, acudir a la Biología para advertir que cada hombre que camina o ha caminado sobre la faz de la tierra fue en principio ese embrión o célula primera con la que guarda substancial identidad, y que, por lo tanto, aniquilar ese primer acto o manifestación de humanidad, equivale a impedir el desarrollo de un irrepetible individuo de la especie, con toda su dignidad. Argumenta, además, que la Biología no nos puede decir mucho acerca de la “persona humana”, porque ese es primero un concepto filosófico y luego jurídico; lo que sí nos puede contestar, es a partir de qué momento existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres: ese momento es la fecundación o unión de gametos. Es por eso que la Biología, no nos puede decir que el embrión es una persona, pero siguiendo aquella lógica, tampoco puede afirmar lo contrario, es decir, que el óvulo fecundado no es una persona.

En lo que concierne a su apreciación de que la supresión es incompleta, ya que entra en colisión con otros textos del mismo Código Civil y Comercial - los artículos 560 y 561-, se refiere, en primer lugar, al primero de los mismos, el artículo 560. Sostiene que con solo fijar la vista en el verbo empleado por la norma, que habla de una “utilización”, basta advertir la instrumentación y consiguiente “cosificación” del individuo de la especie humana que configura el embrión y al que el propio artículo 19° le reconoce el carácter de persona. Y el siguiente artículo, el 561, agrega, que se trataría de una “*res* desechable o descartable” –dice el autor-, ya que prescribe que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación en el embrión.

Concluye su razonamiento sobre la reforma introducida, diciendo:

---

<sup>84</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado. Comisión de Reformas. Decreto 191/2011. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

En consecuencia, si el embrión es un individuo de la especie humana, le corresponde el status de persona desde un punto de vista jurídico; por lo tanto, todo negocio jurídico, convenio, o contrato que en definitiva tuviera por objeto la adquisición de un embrión, o su producción cual si se tratara de un locación de obra, configuraría en realidad un “contrato sobre personas”, en los términos de la prohibición constitucional. Lo que repugna a la Constitución Nacional, y a la conciencia moral de occidente, es toda relación por la cual un individuo de la especie humana se encuentre bajo el señorío de otro, con el status de un objeto del cual puede disponer libremente, como si se tratara de una cosa de su propiedad; toda relación de poder en que el ser humano en su integridad se torne "objeto" de un derecho subjetivo, como una verdadera cosa "sometida a la voluntad y acción de una persona", según la fórmula feliz que don Dalmacio Vélez Sarsfield tomara de Aubry et Rau en el art. 2506. (López de Zavalía, s.f., punto 2.2, últ. Párr.).

Analizando, de este modo, las opiniones vertidas por Zavalía respecto de la reforma introducida en el artículo referido al inicio de la persona humana, acuerdo plenamente en que la supresión realizada en la segunda parte del artículo 19 por el legislador, ha producido una falta de armonización dentro de la nueva normativa que, en última instancia, produce una afectación de derechos que no se compensa con la declaración hecha en la Disposición Transitoria Segunda en el sentido de que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial del Congreso. No obstante, creo que es apresurado interpretar que el nuevo Código Civil y Comercial propicia la cosificación del individuo –tal como argumenta el citado autor- y que el mismo sea una *res desechable*, desde el momento que en este cuerpo legal se reconoce la necesidad de su protección jurídica –necesidad que plasma en la Disposición Transitoria antes mencionada-, y porque además, se han sancionado artículos que protegen al embrión humano y que declaran la no comercialidad del mismo (ver en este sentido los artículos 17, 51 y 57 del C.C. y C.).

A propósito de los artículos a los que me he referido anteriormente y que finalmente fueron incorporados al Código reformado, Bergel (2012) se pronunciaba sobre los mismos destacando la presencia de la Bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del 2012.<sup>85</sup> De ellos, surgen dos principios: la dignidad del individuo y la no comercialidad del cuerpo humano y sus partes.

Bergel (2012), describe estos principios como formando parte de los derechos personalísimos, los que constituyen una novedad en materia de legislación, y a los que Vélez Sarsfield no se refirió expresamente, pero que por otro lado no ignoró, ya que aludió a los mismos en la nota al artículo 2312 del viejo Código Civil<sup>86</sup>, ubicado en los derechos reales. En dicha nota, Vélez sostuvo que hay derechos, y los más importantes, que no son

---

<sup>85</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado. Comisión de Reformas. Decreto 191/2011. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

<sup>86</sup> Ley N° 340 de enero de 1871 y modif. Código Civil de la Nación.

bienes, tienen origen en la existencia del individuo mismo al que le pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.

Continúa este autor, caracterizando estos derechos personalísimos como derechos absolutos, extrapatrimoniales, indisponibles, que acompañan al hombre a través de su existencia, insertándose de este modo en la categoría de los derechos humanos y, a través, de ellos se relacionan con la Bioética. Luego –argumenta-, tomando en consideración la incorporación a la Constitución Nacional del derecho supranacional de los Derechos Humanos, es que la Comisión Redactora del Proyecto del año 2012 y, posteriormente, la ley de aprobación del Código Unificado<sup>87</sup>, dieron un lugar a estos derechos en la nueva normativa nacional. De este modo, el razonamiento del autor apunta a dos cuestiones centrales: la primera, que el principio de dignidad es absoluto, lo que textualmente implica, también, dos postulados: 1) *“las razones basadas en la dignidad derrotan todas las otras razones en todas las circunstancias, de manera que no es un principio que quepa ponderar con otros”* y 2) *“la dignidad es el paraguas bajo el cual encuentran cobijo los derechos fundamentales, por ello se ubica en un plano superior”*; la segunda cuestión o argumentación, es que el Código encabeza el capítulo de los derechos personalísimos, estableciendo el *“reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona humana”*.

No obstante, con la introducción de la Bioética en el Código Civil y Comercial -tal como expresa Bergel (2012)- y el principio de dignidad humana como principio absoluto y superior a los demás, creo que se pone en evidencia con una mayor intensidad la discordancia legislativa, ya que lo que se dignifica y protege en una determinada parte de la normativa, se desprotege o difiere su protección a la sanción de una futura ley, en otra.

Para Lafferriere (2014), si bien se ha afirmado que el artículo 19° del Código Civil y Comercial unificado tendría que ser modificado o, por lo menos, interpretado en el sentido de que “concepción” equivale a “implantación”, las cuestiones biotecnológicas que afectan al ser humano en estado embrionario no se limitan a las técnicas de fecundación artificial. En este sentido, resulta reduccionista –sostiene Lafferriere- pretender agotar la discusión del inicio de la vida al problema de la fecundación artificial cuando hay muchos otros problemas en juego, tales como, el surgimiento de un mercado reproductivo, la importación y exportación de embriones humanos, la utilización de los mismos para fines comerciales, entre otros.

---

<sup>87</sup> Ley N° 26.994 de octubre de 2014. Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las cuestiones biotecnológicas que afectan al ser humano no han tenido un adecuado y profundo tratamiento en la discusión previa a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado. Esto se evidencia, en el hecho de que no ha podido lograrse una legislación completa y armónica en torno a temas fundamentales que atraviesan a la persona humana en este siglo veintiuno. En esto acuerdo plenamente con Lafferiere (2014). Hay muchas cuestiones, además de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, sobre las que cabe al Estado tomar intervención, a fin de que la dignidad y la esencia misma del ser humano no resulten menoscabadas. Como he expresado en la introducción al presente trabajo, estamos asistiendo a un proceso de transformación social, el cual trae aparejado la ampliación de los derechos de los ciudadanos, transformación que responde a los cambios tanto sociales como culturales, como así también, a las reformas introducidas a nivel constitucional en 1994, entre ellas, la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, lo que exige que el sistema jurídico argentino vaya incorporando en todas sus ramas las reglas y principios constitucionales derivados de dicha reforma.

De este modo, y teniendo en cuenta el proceso mencionado anteriormente, el autor Laferriere considera también, que se ha constitucionalizado la noción de persona y ella equivale a todo ser humano:

(...)el término “persona” no puede ser considerado como un instrumento técnico del que el legislador puede disponer a su discreción, sino que es una cualidad propia de todo ser humano por el hecho de ser tal y el legislador se debe limitar a reconocer tal personalidad (Lafferriere, 2014, p. 3).

Carranza Latrubesse (2014), opinando acerca de la reforma operada al artículo 19 del Código Civil y Comercial, afirma en primer lugar, que “*sin reconocimiento de la personalidad jurídica deviene dificultosa la tarea de asignar derechos y obligaciones*”.

Luego explicita su posición, fundamentando que cuando se produce la unión de los gametos femenino y masculino, cualquiera sea el ámbito en que se logre la misma, produce una vida humana, y que en ella está la indisoluble unión del cuerpo y el alma. En tanto vida y en tanto ser –continúa el autor-, la calidad de persona no se extingue mientras se mantenga la expectativa de vida, cualquiera sea la técnica que se emplee para mantener su latencia. Y en este sentido, cita a Vélez Sarsfield cuando sostiene que si el concebido y no nacido es representado por sus padres, es porque es persona, de lo contrario no habría nada que representar.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Ley N° 340 de enero de 1871 y modif. Código Civil de la Nación. Nota al artículo 63.

Concluye el autor diciendo, que si bien estas cuestiones no cambian por el hecho de considerar o no como cosa al embrión, sí ponen de relieve que la dignidad del ser humano, concebido del modo que fuere, “*padece la degradación que lo instala en la condición de mercancía, donde el consentimiento sobre ella tiene la virtualidad de crear relaciones parentales y personas*”.

Para el autor Rodríguez Varela (2006), el gran debate de nuestra época gira en torno a la naturaleza de la persona humana en su etapa inicial de la vida. Y argumenta en ese sentido, que la biología contemporánea ha desechado las infundadas especulaciones de Aristóteles sobre el origen de la vida humana, pudiéndose afirmar en la actualidad, que está acreditado que biológicamente no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que se acceda a la condición humana. También, el descubrimiento de que la forma individual está inscrita en el material genético presente en cada una de las células del ser vivo, ha terminado con la teoría de Aristóteles según la cual, durante los primeros días de gestación hay una materia que no es humana aún, pero que está en potencia de recibir la forma humana en el momento que haga aparición el alma racional del hombre. Fundamentalmente, este autor considera que el recién concebido no es un ser humano potencial (en el sentido de que no es un ser humano todavía), sino una persona cargada de potencialidades que deben desarrollarse a lo largo del ciclo vital. Cita de esta forma a Ghirardi (1995, citado por Rodríguez Varela, 2006, p. 54), quien expresa:

Que el derecho a la vida no abarca solo un período, sino toda la vida desde la concepción hasta la muerte. No tiene sentido ni coherencia amparar solo un segmento de la vida y condenar al otro a la experimentación y a la muerte.

Las autoras Zambrano y Sacristán (2011), sostienen que es necesario hacer una distinción básica para el derecho entre las personas y las cosas. Se trata de determinar, de este modo, si la vida humana embrionaria es o no una vida personal y, por lo tanto, si el embrión es sujeto de derechos, o en cambio, objeto de los derechos de algún otro sujeto. Este es el debate fundamental –sostienen las citadas autores- que subyace a las siguientes discrepancias: la distinción de tratamiento de los llamados *preembriones* y los embriones y la distinción de tratamiento entre los embriones o *preembriones* no viables y los embriones o *preembriones* viables. Es por eso que distinguen dos posiciones opuestas. Por un parte, las tesis que pretenden que estas distinciones sean receptadas, que se fundan en por los menos dos proposiciones normativas: por la primer proposición, las normas

constitucionales sólo reconocerían la aparición de la personalidad en algún momento posterior a la implantación del *preembrión*, o condicionan la aparición de la personalidad jurídica a la viabilidad del *preembrión* y/o embrión; por la segunda, se establece que, dada la no personalidad del *preembrión* o del embrión no viable, el principio constitucional de igualdad les sería inaplicable.

A mi entender, estas autoras plantean dos cuestiones centrales en este debate: la primera, constituida por el hecho de que si el embrión humano es persona desde el momento de la implantación, queda abierta la posibilidad de que antes de esa instancia sea considerado por el ordenamiento jurídico como una “cosa” objeto de derechos de algún sujeto; y la segunda, que el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano no puede estar condicionada a la etapa de desarrollo en que el mismo se encuentre –por ejemplo, pre embrión, embrión, feto- o a su viabilidad dentro o fuera del útero materno.

A su vez, el rechazo a estos argumentos se funda en premisas normativas contrarias, según las cuales, las normas constitucionales reconocen la calidad de persona en todo ser humano desde el momento mismo de la concepción, el que, a su vez, se sitúa en el momento de la fecundación. De este modo, se interpreta que estas normas reconocerían la igual dignidad de toda persona y prescribirían que no se condicione el valor jurídico de la vida humana –la cual es siempre vida personal- a su etapa de desarrollo o a su viabilidad dentro o fuera del seno materno.

Se adhiere al debate, la *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* (2014), la que respecto de la reforma operada al artículo 70 del antiguo Código Civil de la Nación, sostiene que el nuevo artículo 19º, en su texto finalmente sancionado, establece que la persona comienza con la concepción, ratificándose de esta manera, la tradición jurídica argentina que reconoce que el embrión es persona, ya sea que su concepción ocurra dentro o fuera del seno materno.

No obstante ello, una disposición transitoria incluida en la ley 26.994<sup>89</sup>, señala que el embrión humano no implantado será protegido en una ley especial. Tal norma responde a la problemática de la manipulación embrionaria –según la citada organización-, recordando, además, que “*la manipulación del embrión lleva implícito el sello de la cosificación de la persona, olvidando que desde la concepción, el mismo debe ser respetado y tratado ontológicamente como persona 'en acto'*” (Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, citado por Palazzi, 2014).

---

<sup>89</sup> Ley N° 26.994 de octubre de 2014. Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es decir que este organismo, a diferencia de los autores comentados hasta el momento, interpreta que la voluntad del legislador ha sido mantener la tradición jurídica argentina, por lo tanto, el ser humano será considerado persona a partir de la fecundación, ya sea dentro o fuera del seno materno, siendo el embrión no implantado protegido a su vez por una ley que sancionará el Congreso a esos efectos. Cualquier otra interpretación, llevaría a la cosificación del ser humano, cuestión extraña y contraria a nuestro ordenamiento jurídico que protege la vida constitucionalmente desde la concepción.

En la misma línea, Sergio Manuel Terrón (2014) se inclina por no adherir a la postura que surge del Proyecto de Código Civil del año 2012 anteriormente mencionado, la que sostiene que los embriones no implantados no son persona, ya que considera necesario reconocer en los mismos su “*naturaleza de ser vivo con potencialidad de desarrollo*”. Además, sugiere que la defensa del embrión humano *in vitro*, amerita disposiciones más vastas e integrales en aras de su protección.

Otros autores como Jáuregui y Mac Donnell (2012), se enrolan en la postura de que el embrión generado a través de la fertilización *in vitro*, antes de ser implantado en la mujer no es persona, ya que para ellos ese concepto es una “categoría jurídica”, de modo que no puede prescindirse del hombre en tanto interesa como receptáculo de la imputación jurídica. De este modo, sostienen que los embriones son “*una masa de células sin forma humana reconocible*”, y que, “*antes de la implantación, carecen de posibilidades de desarrollo, por lo tanto, reconocerles ciertos derechos para su conservación y destino, no significa acordarles derechos por los cuales se los deba considerar personas*”. No obstante lo expresado, reconocen el hecho de que el embrión no implantado no puede encontrarse desprotegido como sucede en la actualidad, sino que, por el contrario, necesita de una legislación.

Estos autores, además, acuñan el concepto de que el embrión es un “*ser biológico de otro tipo*” que hasta tanto no sea implantado, no puede ser considerado sujeto. “*Es un ser vivo, no lo negamos, pero no es una persona humana*”–arguyen-, condición que sujetan al hecho de ser implantado en la mujer, ya que en el derecho argentino es el momento en que se le reconoce tal carácter, el que concuerda, a su vez, con el momento en que el embrión comienza su desarrollo sin interferencias hasta su muerte natural o inducida (aborto) o su nacimiento; y a diferencia del embrión no implantado, que queda siempre en ese estado mientras sea crioconservado.

Por otra parte, Jáuregui y Mac Donnell (2012) postulan la utilización de la palabra “anidación”, como la más adecuada para expresar el momento desde el que el ser humano

es persona; es decir, que debería el artículo reformado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que el comienzo de la persona es desde el momento de la anidación –y no de la concepción como la actual redacción del artículo 19 prescribe-. De este modo, alegan, se evitarían las diferencias entre el método natural y el asistido, entre la concepción en el seno materno y la implantación. Sin perjuicio de ello, todas las etapas anteriores a la anidación, tendrían que estar reguladas para una correcta protección.

Esta solución –sostienen-, tampoco iría en contra del Pacto de San José de Costa Rica<sup>90</sup>, debido a que el mismo habla de persona, y cuando se refiere a que la protección es a partir del momento de la concepción, utiliza la expresión “en general”, lo cual, según Jáuregui y Mc Donnell (2012), deja abierta la posibilidad de que lo sea desde otro momento diferente a la misma.

De este modo y contrariamente a lo que se venía sosteniendo, estos autores interpretan la reforma practicada, en el sentido *del no reconocimiento del embrión como persona humana hasta en tanto sea implantado en la mujer*, momento en que el mismo comienza su desarrollo hasta su muerte (natural o provocada) o su nacimiento. De ahí que la reforma haya dispuesto que una ley especial lo proteja, con motivo de no poseer la calidad de persona humana en esa instancia, y a efectos de reconocerles ciertos derechos para su conservación y destino. A *contrario sensu*, si le hubiera otorgado el nuevo ordenamiento la calidad de persona, no sería necesaria esa previsión contenida en una disposición transitoria, ya que el embrión humano gozaría de toda la protección inherente a su condición de ser humano. Por lo tanto, no podría ser objeto de ningún tipo de práctica que afecte sus derechos, fundamentalmente, el derecho a la vida y a su dignidad de persona humana.

Pero, para llegar a esa conclusión, los autores Jáuregui y Mc Donnell (2012), proponen una nueva redacción del artículo 19 del C.C. y C., a fin de superar la discriminación en que incurre la actual reforma legislativa, debido a que en la misma etapa de desarrollo, el embrión dentro del útero es considerado persona y fuera de él no. Postulan, de este modo, que el nacimiento de la personalidad jurídica sea a partir de la anidación –sea la concepción corpórea o extracorpórea-, solución que, a mi entender, conllevaría a que la ley estipule el momento en que se entiende que la mencionada anidación se produce.

---

<sup>90</sup> Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, recuperado el 2/07/2015 de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Esto nos lleva, a su vez, a tomar también en cuenta la interpretación de la autora Eleonora Lamm (2014) respecto de la reforma operada al artículo 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Lamm (2014) sostiene, que con motivo de que en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se han incorporado las normas concernientes a la regulación de la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), difícilmente pueda considerarse al embrión humano como persona, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida anteriormente mencionada, que permite la crioconservación de embriones, la donación de los mismos y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. *“Todo esto genera un sistema, cuya conclusión no puede ser otra que la no personalidad del embrión in vitro”*-sostiene la citada autora- (2014, p. 416).

Destacamos, por último, la opinión relevante de la Dra. Marisa Herrera (2014) – integrante del equipo de redacción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación– quien argumenta respecto de la reforma, que el principal problema que se presenta tras la redacción definitiva del artículo 19° del nuevo Código Civil y Comercial, es respecto de cómo debe interpretarse este articulado. No obstante, adhiere a la postura de otros autores, tales como Bueres y Highton (2003), acerca del momento de la concepción, en tanto, aún ante los avances y progresos científicos, no se puede establecer un momento preciso de cuándo acontece la misma, por lo que, este debate deviene estéril. *“Se trata de una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico, por lo cual, el nuevo Código Civil y Comercial no estaría capacitado para resolverla”*, sostiene Herrera (2014, p. 6), siguiendo la postura de una gran cantidad de legislaciones comparadas, tales como el Código Civil español o el de Brasil, entre otros.

Además, la citada autora agrega, que el debate doctrinario acerca de cómo se debe interpretar la noción de “concepción” en el seno materno que receptaba el Código Civil de Vélez Sarsfield desde sus orígenes, en el caso de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, se encuentra sorteada a pesar de la ambigua redacción que se observa en el artículo 19° del Código Civil y Comercial, si se lleva adelante un análisis sistémico del nuevo Código, como así también, de leyes complementarias como la ley 26.862<sup>91</sup> y de voces más que autorizadas como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Herrera, 2014).

---

<sup>91</sup> Ley N° 26.862 de junio de 2013. Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.

De los argumentos vertidos por la autora ahora comentada, destaco su referencia a la necesidad de apelar a una “interpretación sistémica” de la nueva normativa –por ejemplo, leer o interpretar el artículo 19 junto a el artículo 561-, incluso teniendo en cuenta normas que están fuera del nuevo Código unificado -como la ya mencionada ley de Reproducción Medicamente Asistida-, como así también, voces autorizadas tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Artavia Murillo<sup>92</sup>, el que, a continuación, por su relevancia e influencia en este tema paso a analizar.

### **3. La regulación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina y el momento de la concepción.**

Tal como he expuesto con anterioridad, en Argentina no hay una norma legal que regule de manera general las técnicas de reproducción humana artificial, a pesar de ser una práctica frecuente y de avanzada. No obstante, sí contamos con una norma expresa que regula uno de los tantos aspectos de este tipo de práctica médica como es el referido a la cobertura médica del tratamiento. La ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida<sup>93</sup> y su Reglamento<sup>94</sup>, contienen normas amplias y que, por otro lado, dejan entrever la naturaleza jurídica del embrión.

Básicamente, existen tres consideraciones que se hacen en estas normativas que instan a afirmar que *el embrión no implantado no es considerado persona humana*. Ellas son: 1) la posibilidad de criopreservar embriones, 2) la posibilidad de donar embriones y 3) la posibilidad de revocar el consentimiento hasta antes de la implantación del embrión en la mujer. Por lo tanto, se deduce que si los embriones se pueden criopreservar, donar y revocar el consentimiento para que ellos no sean transferidos, ello significa, implícitamente, que para estos textos legales el embrión in vitro no es persona.

Por ejemplo, cuando la reglamentación de la ley 26.862 se pronuncia sobre la cuestión del consentimiento y su revocación, sostiene que el consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción medicamente asistidas, antes del inicio de cada una de ellas, y en lo que respecta a la

---

<sup>92</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>93</sup> Ley N° 26.862 de junio de 2013. Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida

<sup>94</sup> Decreto P.E.N. N° 956/2013.

revocación del mismo, se afirma que en los casos de técnicas de reproducción medicamente asistida de alta complejidad, el *mismo es revocable hasta antes de la implantación del embrión*<sup>95</sup>.

Es decir que, tanto la ley de fertilización mencionada como su reglamentación, han tenido en cuenta el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, y en lo que respecta al consentimiento, está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 560 del referido proyecto.

En definitiva, se observa o deduce de esta ley, que la persona comienza con la implantación y que no le confiere calidad de persona al embrión *in vitro*, ya que, interpretar lo contrario, podrían verse afectados los derechos reconocidos en la propia ley.

---

<sup>95</sup> Decreto P.E.N. N° 956/2013. Artículo 7°.

## Capítulo V

# “El estatus jurídico del embrión humano en la jurisprudencia”

Este último Capítulo de la presente investigación estará abocado a la revisión de los antecedentes jurisprudenciales. Fundamentalmente analizaré, en primer lugar, los argumentos de la CIDH vertidos en el caso “Artavia Murillo”<sup>96</sup>, dado que la citada Corte es “(...) la voz más autorizada de la región, obligatoria para los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos so pena de incurrir en responsabilidad internacional” –tal como sostienen Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2014, 116).

Es por eso que en este tema y, particularmente, frente a las dificultades que presenta la nueva normativa en lo referente al momento del inicio de la persona humana el que no ha quedado claramente establecido –cuestión que ya he abordado en otras partes del presente trabajo-, resulta muy importante tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano jurisdiccional internacional del sistema americano de protección de los Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e

---

<sup>96</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica, Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

interpretación de la Convención Americana. Así lo han entendido los integrantes de nuestra Suprema Corte nacional en el fallo “Rodríguez Pereyra”<sup>97</sup>, en el cual sostuvo que la mencionada Corte Internacional es la intérprete única del Pacto de San José de Costa Rica.

Lo mismo declaró nuestro más alto Tribunal en el caso “Mazzeo”<sup>98</sup>, en el sentido de que la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que es una pauta insoslayable de interpretación para los poderes constitucionales argentinos en el ámbito de su competencia, y, en consecuencia, también lo es para la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino.

Si nos remitimos a la jurisprudencia de la CIDH, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”<sup>99</sup>, se reiteró por unanimidad de votos la “doctrina del control de convencionalidad”. Básicamente, la misma postula que el juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la establecida en casos en los que el Estado de pertenencia no sea parte, debido a que lo que define la integración de la jurisprudencia de la CIDH es la interpretación que el Tribunal realiza del *corpus iuris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad.

Hechas estas apreciaciones previas respecto de la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el Estado argentino, el segundo punto del presente capítulo se referirá, específicamente, a la evolución de la jurisprudencia argentina sobre el tema planteado en este trabajo. En este sentido, creo importante tener en cuenta los argumentos vertidos en distintos pronunciamientos, tanto de la Corte Suprema de la Nación, como así también de otras instancias judiciales, quienes, frente al vacío legal imperante, se han expedido sobre el tema que nos ocupa y preocupa.

## **1. La interpretación de la CIDH del término “concepción” en el caso “Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica”.**

---

<sup>97</sup> C.S.J.N. “Rodríguez Pereyra J.L y otra c/Ejército argentino s/daños y perjuicios”. Fallo R. 401. XLIII (2012).

<sup>98</sup> C.S.J.N. “Mazzeo, J.L y otros s/Rec. de casación e inconstitucionalidad”. 330:3248 (2007).

<sup>99</sup> C.I.D.H. “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (2010). Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>

Antes de comenzar con el análisis de este importante precedente, me remito a los antecedentes que dieron lugar al mismo. El 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud del Estado de Costa Rica emitió un Decreto Ejecutivo que reguló las técnicas de fertilización *in vitro* o FIV. En el mismo, se definieron dichas técnicas como “*todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel laboratorio*”.

Este Decreto Ejecutivo de 1995, fue acusado de inconstitucional a través del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se alegó que la FIV atentaba contra el derecho a la vida, y, entre otros argumentos, se fundamentó también esta decisión, en que la FIV no cura la enfermedad de la esterilidad; que resulta violatoria la eliminación de los niños que se produce al introducir seis de ellos al seno materno, lo que se asimila a una *ruleta rusa*; que la FIV, al ser un proceso más bien privado y aislado, resulta de difícil control por parte del Estado y, que fueron mayores las malformaciones producidas por la FIV que por la fecundación natural.<sup>100</sup>

La Sala Constitucional se inclinó por votar la inconstitucionalidad de este decreto, en principio, por resultar violatorio del “principio de reserva legal”, el que sostiene que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales. Por lo que, la regulación del derecho a la vida y a la dignidad por parte del Ejecutivo resultaba atentatoria de este principio. Además, la Sala argumentó que a partir de la concepción hay persona, titular de ese derecho, y que la sociedad y el Estado no deben ejercer acciones ilegítimas sobre el embrión, aclarando al respecto que “(...) *el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros de la vida*”.<sup>101</sup>

En el año 2008, fue interpuesta una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia del año 2000 a la que he hecho referencia, la que sin embargo, fue rechazada, ya que la jurisprudencia de la misma resulta vinculante *erga omnes*, “*salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ella puede ser modificado cuando existan motivos para*

---

<sup>100</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Pág. 21 y ss. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>101</sup> Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2000-02306. Expediente N° 95001734007-CO. Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&nValor1=1&nValor2=128218&strTipM=T&strDirSel=directo&\\_\\_ncforminfo=x3GamT9qo7XMruBJK6U1snLeItidGL Oa3TKif9CFPzsvYDbOGIM-6yN8apnnAXfNMPV2Qdbg98XZ92M74vz9YQx1U3eQ2B-LzBXA-LaWjXIj1QQvxmOiQ=](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=128218&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=x3GamT9qo7XMruBJK6U1snLeItidGL Oa3TKif9CFPzsvYDbOGIM-6yN8apnnAXfNMPV2Qdbg98XZ92M74vz9YQx1U3eQ2B-LzBXA-LaWjXIj1QQvxmOiQ=)

*ello o razones de orden público*”.<sup>102</sup> Es por eso que la Sra. Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social para que se le permita realizar la FIV, respecto de la cual, el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda determinó que la FIV como mecanismo de reproducción asistida, no estaba prohibida por Costa Rica en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, máxime teniendo en cuenta, que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre.<sup>103</sup>

De este modo, el conflicto tiene como causa, el reclamo que un grupo de parejas hacen a la CIDH debido a que no había una regulación efectiva de la FIV, más allá de lo que había dicho la Sala.

Las cuestiones sobre las que se expidió la CIDH, la Comisión y el Estado, fueron las siguientes:

. *El alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el caso:*

Al respecto, la Comisión entendió que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera de la intimidad familiar, de forma tal de que queda sometida a la autonomía de las partes. En consecuencia, con esto la Comisión sostiene que, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia, por lo que la FIV forma parte de éste y, por lo tanto, el Estado de Costa Rica debería contemplarlo no solo como derecho a fundar una familia sino también como un derecho a la salud (Lafferriere, 2013).

Reafirmando lo sostenido por la Comisión, la Corte sostuvo que “...*el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.*”<sup>104</sup>

. *Los efectos de la prohibición absoluta de la FIV:*

---

<sup>102</sup> Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 2005-10602 (2005). Expediente Anexo, Tomo V, Anexo XXVIII, folio 5842. Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&nValor1=1&nValor2=427843&strTipM=T&strDirSel=directo&\\_\\_ncforminfo=26mCMD04UnvXKwWBARardr2IroOIOOXQByK2ZGGCMYW2tozAiwJgQ-L\\_XxGJ8iR9ksCZWIKY\\_bOyNe8MHE7fPR3Hxwj7rX5jUG13DTm2DV9\\_PYHVxLzNg==](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=427843&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=26mCMD04UnvXKwWBARardr2IroOIOOXQByK2ZGGCMYW2tozAiwJgQ-L_XxGJ8iR9ksCZWIKY_bOyNe8MHE7fPR3Hxwj7rX5jUG13DTm2DV9_PYHVxLzNg==)

<sup>103</sup> Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, Proceso Contencioso “Henchoz Bolaños, Ileana c. Caja Costarricense de Seguro Social”. Expte. N° 08001781027-CAm (2008). Recuperado de [www.poder-judicial.go.cr/.../fallos/.../26-fallos-relevantes-contencioso-2009?...n...](http://www.poder-judicial.go.cr/.../fallos/.../26-fallos-relevantes-contencioso-2009?...n...)

<sup>104</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Pág. 46. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Para la Corte, el límite impuesto por la Sala Constitucional, en lo que respecta a la FIV, resulta desproporcionado y por lo tanto una prohibición absoluta de la misma, sosteniendo que, no sólo resultó una injerencia o invasión abusiva y arbitraria de la autonomía y privacidad de las presuntas víctimas del caso, sino que se constituyó en una anulación absoluta del derecho a decidir tener hijos biológicos. Por lo tanto, la Corte hace un planteo basado en el derecho a procrear, marcando la necesidad de acceder a las nuevas técnicas en virtud de la existencia de derechos sexuales y reproductivos, pudiendo elegir las técnicas que les permita tener hijos biológicos que las parejas quieran.

No obstante, en el mismo fallo, la Corte trata el problema de la baja efectividad de la FIV, diciendo que al no ser una técnica al máximo desarrollada, tampoco lo son sus posibilidades de resultados positivos.<sup>105</sup>

*. Rechazo de la personalidad jurídica reconocida en la Convención Americana:*

Basándose en un análisis o interpretación sistémica de la Convención, la Corte concluyó que no es procedente otorgar el estatus de persona humana al embrión.<sup>106</sup> Justificó esta conclusión, alegando, en primer lugar, que no es factible sostener que un embrión sea titular de todos los derechos enumerados en la Convención Americana, atribuidos a las personas; en segundo lugar, sin otra evidencia más que su propia interpretación, concluyó que el artículo 4.1 de la Convención Americana, no está destinado a proteger al no nacido como individuo sino únicamente a través de la protección de la mujer, señalando los artículos correspondientes de la citada Convención y del Protocolo de San Salvador<sup>107</sup>, que protegen a la mujer embarazada.

Sin embargo, una interpretación conforme al sentido corriente de las palabras y conforme a los principios de buena fe y *pro homine*<sup>108</sup> –al que he hecho referencia en otra parte del presente trabajo–, implica el reconocimiento de que el texto del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, efectivamente establece que toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida desde el momento de la concepción. La Comisión, ha reconocido este principio, el que prevé que en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo y el

---

<sup>105</sup> Corte I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Pág. 21 y ss. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>106</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafos 223 y 264. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>107</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de noviembre de 1988.

<sup>108</sup> Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Artículo 29.b

mismo –ha declarado- rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general, en el Derecho de los derechos humanos.<sup>109</sup>

En esta interpretación hay que tener en cuenta, también, el artículo 1.2 de la Convención Americana, el que indica que se entiende por persona a todo ser humano, dando así reconocimiento a la naturaleza humana el no nacido; el Preámbulo de la misma, el cual señala que los derechos esenciales del hombre derivan de su naturaleza humana, no de atributos o de características particulares, o de percepciones de terceros.

*. La interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana<sup>110</sup> en lo relevante al caso:*

Tanto la Comisión como la Corte, pusieron en duda el concepto de “concepción”, alegando que no es unívoco. De esta forma se remitieron a dos teorías, la concepción entendida como fecundación y la concepción entendida como implantación. Finalmente, la Corte entendió que en el caso de la FIV no habría vida hasta el momento de la concepción, entendida como implantación, por carecer del medio necesario para el desarrollo embrional.<sup>111</sup>

Es decir que en el fallo de la CIDH, se evidencia una redefinición de la “concepción” como “implantación” o “embarazo”, a pesar de que el sentido corriente del término concepción es el relativo a la fertilización, es decir, a la unión del óvulo y el espermatozoide que produce un embrión humano.

Según destacan De Jesús, Oviedo Álvarez y Tozzi (2013), la CIDH recibió distintas pruebas periciales sobre el significado del término concepción y optó por dar crédito a aquel que definió como equivalente al término “implantación o embarazo”. En este sentido, el perito Zegers –uno de los peritos del caso- señaló que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión, alegando que la concepción equivale al inicio del embarazo, no a la fertilización. A su vez, la Corte admitió que la definición de concepción que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado, ya que antes de la FIV, no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer, lo cual implicaría que los redactores sí intentaron definir la concepción como fertilización.

---

<sup>109</sup> C.I.D.H. Opinión Consultiva OC-7/86. Serie A, N° 7 (1986). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_07\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf)

<sup>110</sup> Convención Americana, artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

<sup>111</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafos 171 a 173. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

La CIDH también reconoció que existen diferentes perspectivas respecto a cuándo comienza la vida humana, alguna de las cuales reconocen al embrión como una vida humana plena. Sin embargo, señaló, que no se pueden privilegiar las perspectivas que reconocen al embrión como ser humano, ya que esto implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten, decidiendo apoyar la postura minoritaria y declarando que el embrión humano no es persona y que la concepción equivale a implantación; aclarando, que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.

Costa Rica, por su parte, en sus alegaciones, desmintió la prohibición de la FIV, sosteniendo que lo que se produjo fue una restricción a la misma; y, por otra parte, no dejó de reconocer la humanidad del no nacido desde el momento de la concepción.

Es decir que el planteo del Estado, tuvo como punto de partida a la persona por nacer y su derecho a la vida. En respuesta, tanto a la Comisión como a la CIDH, Costa Rica sostuvo que: “ (...) *el cigoto no es simplemente una célula humana [...] sino un nuevo ser humano*”, citando a la Declaración Universal de Derechos Humanos que protege al ser humano desde su inviolabilidad, la cual puede determinarse desde la unión del ovulo con el espermatozoide.<sup>112</sup>

*. La proporcionalidad de la medida de prohibición:*

Lo que se trató en este punto, fue la discriminación que sufrieron las parejas con discapacidad debida a su infertilidad.

Por otra parte, es importante revisar el significado asignado por la CIDH en este fallo al término: “*y, en general, a partir del momento de la concepción*” del artículo 4.1 de la Convención. Esto lo hizo en base a una interpretación sistemática, histórica y evolutiva del sentido del mismo.

*a. La interpretación sistémica:*

Este mecanismo le permitió a la Corte Interamericana utilizar otros tratados internacionales y sistemas regionales de derechos humanos para interpretar la Convención Americana. De este modo, la Corte utilizó la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*<sup>113</sup>, el *Protocolo de Maputo*<sup>114</sup> y varias

---

<sup>112</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafos 167 y 169. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>113</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de diciembre de 1979. ONU.

<sup>114</sup> Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos de julio de 2003. Unión Africana.

decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, descartó que otros instrumentos como la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención sobre los Derechos del Niño* y la *Declaración de los Derechos del Niño* protejan la vida antes del nacimiento, haciendo de ellos una *lectura restrictiva* –como indicó el juez Vio Grossi en su voto disidente-.<sup>115</sup>

Respecto a los casos de la *Comisión Europea de Derechos Humanos* y del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, la Corte citó varios de ellos, los cuales concluyeron que el Artículo 2º de la Convención Europea sobre el derecho a la vida, no protege la vida del no nacido frente al aborto ni la reproducción artificial, y los que, además declararon, que en la Convención Europea el no nacido no es persona.<sup>116</sup>

No obstante, en dicha selección, la Corte Interamericana realizó una interpretación selectiva de los argumentos vertidos en dichos fallos, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecían a su interpretación. Por ejemplo, ignoró que en el caso *Vo vs. Francia*<sup>117</sup>, el Tribunal Europeo diferenció claramente la *Convención Europea* de la *Convención Americana* en cuanto a su protección de la vida del no nacido.

También omitió que en el caso “*S.H. vs. Austria*”<sup>118</sup>, la 2da. Cámara del Tribunal Europeo señaló que ningún Estado europeo está en la obligación de permitir la fertilización *in vitro*, ya sea parcialmente o totalmente (párr. 74), indicando que los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización *in vitro*, que implica “*serias consideraciones éticas y morales*”, reconociendo que los riesgos asociados a dichas técnicas deben ser tomados en serio y es obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar tales riesgos sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego. Como así también, en el caso “*A, B y C vs. Irlanda*”<sup>119</sup>, a pesar del que el Tribunal Europeo resolvió que, según el artículo 8º de la Convención Europea sobre privacidad, Irlanda debía proveer el aborto en la medida en que fuera legal, también concluyó que no existe un derecho a abortar y que aun cuando dicho

---

<sup>115</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). X. Puntos Resolutivos: Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>116</sup> Ver en este sentido: T.E.D.H. “*Vo c. Francia*” (2004); TEDH, “*SH y otros vs. Austria*” (2011); CEDH, “*A, B y C vs. Irlanda*” (2010).

<sup>117</sup> T.E.D.H. “*Vo c. Francia*” (2004). Recuperado de <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/VocontraFrancia.html>

<sup>118</sup> T.E.D.H, “*SH y otros vs. Austria*” (2011). Recuperado de

<sup>119</sup> C.E.D.H, “*A, B y C vs. Irlanda*” (2010).

derecho es reconocido a nivel nacional, este puede ser sopesado contra el derecho a la vida del no nacido reconocido en el derecho irlandés.

A su vez, la CIDH desconoció el importante caso “Oliver Brüstle vs. Greenpeace”<sup>120</sup>, donde el Tribunal Europeo de Justicia dictó una decisión unánime declarando que una tecnología de creación de células madre embrionarias no puede ser objeto de patente comercial, *si el procedimiento requiere de la destrucción previa de embriones humanos o su uso como material de base*. La demanda fue presentada por la ONG ambientalista Greenpeace. En el caso, *la Corte Europea defendió el estatus jurídico del embrión humano como radicalmente distinto de una cosa, aplicando la prohibición a todas las etapas de desarrollo embrionario*, ya sea a partir de la fertilización o incluso de la clonación (reproducción asexual), rechazando la idea de la necesidad de alcanzar determinado nivel de desarrollo para que tenga protección. De este modo, el Tribunal dio una amplia recepción a la protección del embrión humano en todas las etapas de su vida, excluyó la posibilidad de patentes que afecten la dignidad humana y se refirió a las técnicas de la fertilización asistida como el comienzo del proceso de desarrollo del ser humano.

Respecto de la interpretación que hace la CIDH de la Convención de los Derechos del Niño<sup>121</sup> y de la Declaración sobre los Derechos del Niño<sup>122</sup>, ambos textos internacionales afirman el deber de los Estados partes de proteger al niño por nacer, quien necesita la debida protección legal “(...) *tanto antes como después del nacimiento*”.

Además, los artículos 6.2 y 24.2 de la Convención de los Derechos del Niño, así como el principio 4º de la Declaración, reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo el derecho al “*adecuado cuidado prenatal(...)*”. No obstante la claridad de la norma en la necesidad de brindar al niño protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento, la Corte Interamericana afirmó que los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida, ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1º de la Convención, el cual define al niño como toda persona menor de dieciocho años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección.

---

<sup>120</sup> T.E.J. Gran Sala. “Oliver Brüstle vs. Greenpeace” (2011). Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2011/10/brustle-oliver-v-greenpeace-ev/>

<sup>121</sup> Convención de los Derechos del Niño de noviembre de 1989. ONU.

<sup>122</sup> Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. ONU. Doc. A/4354. Recuperado de [www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf)

Hay que tener en cuenta, al respecto, que el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados<sup>123</sup>, establece que los trabajos preparatorios son solamente medios complementarios de interpretación que únicamente pueden ser utilizados si los términos del tratado carecen de claridad o especificidad.

La Corte Interamericana, no obstante esta normativa, utilizó esa sección particular de los trabajos preparatorios como única fuente de interpretación del artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño, ignorando el texto del tratado, el Preámbulo del mismo y aquella parte de los trabajos preparatorios que contradecía sus argumentos. Además, la citada Corte desconoció que desde la entrada en vigor de la Convención mencionada, los países de América Latina han interpretado la misma como un instrumento internacional que protege tanto a los niños nacidos como a los no nacidos. En el caso de nuestro país, este presentó una declaración interpretativa<sup>124</sup>, confirmada más tarde con la ratificación, en la que afirmó que “niño”, es toda persona desde la concepción hasta los dieciocho años de edad. Lo mismo hizo Guatemala. Ecuador, por su parte, presentó una declaración en la que indicó que el Preámbulo de la Convención protege al niño por nacer y señaló que este debe ser tomado en cuenta al interpretar todos los artículos de la Convención. El artículo 31.2.b de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, establece que en el contexto de un tratado, para el fin de la interpretación, comprende “(...) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por todas las demás como instrumento referente al tratado*”; es por este motivo, que estas declaraciones interpretativas son fuente primaria de interpretación de la Convención de los Derechos del Niño.

Tras la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, la gran mayoría de los países de América Latina y el Caribe, han confirmado su interpretación del término “niño” en la Convención sobre los Derechos del Niño, como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los dieciocho años de edad, es decir, abarcando el periodo pre natal, e incorporando esta definición legal a nivel nacional.

A su vez, en los años 1994 y 2002, Argentina informó que, para los fines del sistema jurídico argentino, es niño “*todo ser humano desde la concepción hasta la edad de dieciocho años*”, sin perjuicio de las denominaciones semánticas para cada fase de la vida del niño; y señaló específicamente que el artículo 1º de la Convención de los Derechos del

---

<sup>123</sup> Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de mayo de 1969.

<sup>124</sup> Ley Nº 23.849 de octubre de 1990. Aprobación de la Convención de los Derechos del Niño. Art. 2º.

Niño debe interpretarse de tal manera, que niño se entienda como ser humano desde el momento de la concepción hasta la edad de dieciocho años.

También, todos los países latinoamericanos y del Caribe han informado al Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto a la salud prenatal en relación con sus obligaciones en virtud del Artículo 24 –derecho a la salud- de la citada Convención. Brasil, por ejemplo, reconoció la vulnerabilidad del ser humano desde la concepción hasta aproximadamente los seis años de edad; México destacó la necesidad de proteger la supervivencia fetal, la salud y el desarrollo desde la concepción y durante el periodo de vida intrauterino e informó sobre sus políticas públicas relacionadas, en virtud del artículo 6° de la Convención.

La CIDH se expresó, también, respecto de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>125</sup>, concluyendo que de este instrumento no puede derivarse una protección absoluta de la vida prenatal debido a que, durante sus trabajos preparatorios, fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de cinco Estados – Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos- que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta del Reino Unido de reconocer un derecho al aborto.<sup>126</sup> Como así también, la Corte Interamericana justificó la interpretación del Pacto, en las Observaciones Generales Nro. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que el Comité no solo no ha reconocido el derecho a la vida del no nacido o embrión, sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre.<sup>127</sup>

No obstante, ignoró el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6.5, otorgando de este modo protección a la vida del no nacido. Igual prohibición de aplicar la pena de muerte a mujeres embarazadas se encuentra en el texto de la Convención Americana en el artículo 4.5.

*b. La interpretación histórica:*

La Corte decidió utilizar los trabajos preparatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos como medios primarios de interpretación, dándoles prevalencia respecto del texto mismo del tratado, en base al artículo 31.4 de la Convención de Viena, el

---

<sup>125</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966. ONU.

<sup>126</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafo 225. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>127</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafo 226. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

cual dispone que se dé a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Esencialmente, la CIDH aplicó en este caso “Artavia Murillo” el mismo razonamiento que utilizara en el caso “*Baby Boy vs. Estados Unidos*”<sup>128</sup> en lo que respecta a los trabajos preparatorios, concluyendo que si bien los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y la Convención Americana no ofrecen una respuesta definitiva sobre el asunto de la fertilización *in vitro*, estos sugieren que los Estados podrían haber tenido la intención de permitir excepciones al derecho a la vida para al menos algunas formas de aborto.<sup>129</sup> Así lo interpretó la misma Corte, quien originalmente introdujo la expresión “y en general” en el texto de la Convención, a pesar de existir oposición por parte de algunos Estados parte.

No obstante, los trabajos preparatorios son conclusivos, ya que desde el Anteproyecto de Convención aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 se habría incorporado una disposición para proteger el derecho a la vida a partir del momento de la concepción (Paul Díaz, 2012).

Además, en los dictámenes de Comisión<sup>130</sup>, se incorporó lo que actualmente es el párrafo 1º del artículo 4º, en orden a proteger el derecho a la vida desde la concepción. A su vez, en el dictamen de 1968, la Comisión estimó una tutela tan amplia como fundamental, a pesar de que en el informe del Relator Dunshee de Abranches se habría propuesto explícitamente suprimir la protección desde la concepción.

En la Conferencia Especializada de 1969<sup>131</sup>, se evidenció, también, que los Estados Americanos consideraron esencial mantener la protección de la vida a partir del momento de la concepción, a pesar de la nueva oposición del Relator mencionado anteriormente.

### *c. La interpretación evolutiva:*

Esta interpretación hecha por la Corte Interamericana, responde al hecho de que dicho organismo consideró que los tratados de Derechos Humanos son “*instrumentos vivos*” que tienen que acompañar, en su interpretación, “*la evolución de los tiempos y las*

---

<sup>128</sup> C.I.D.H. “*Baby Boy vs. Estados Unidos*”. Caso 2141. Resolución N° 23/81. Recuperado de <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/356>

<sup>129</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafos 194 y 221. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>130</sup> Convención Americana. Dictámenes de Comisión. Años 1967 y 1968. Recuperado de <https://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/Inter-American/cia07011968.pdf>

<sup>131</sup> Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de noviembre de 1969. Actas y Documentos. San José, Costa Rica. Recuperado de [www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf)

*condiciones de vida actuales*”<sup>132</sup>; lo que le llevó a concluir que, de acuerdo al derecho comparado y a los desarrollos pertinentes en el derecho internacional sobre el estatus jurídico del embrión y la fertilización *in vitro*, el embrión no es persona ni tiene derecho absoluto a la vida. Pero para fundamentar estos argumentos, citó decisiones jurisprudenciales de países europeos –como España y Alemania- de Estados Unidos –que no es parte de la Convención- del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Consejo de Europa. La CIDH se apoyó, de este modo, en jurisprudencia de otro sistema regional de Derechos Humanos –lo que no corresponde en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.<sup>133</sup>

De lo expuesto, entonces, puedo decir que -aún con reparos a los argumentos vertidos por la CIDH-, en este caso tan trascendente para la región, la misma utilizó diferentes métodos de interpretación y *todos condujeron a sostener que el embrión no puede ser entendido como persona, a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

Asimismo, y sobre la base de prueba científica, concluyó que “concepción” –en el sentido dado por el citado artículo 4.1-tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual, antes de ese hecho, no hay lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención Interamericana.

Consideró, también, la citada Corte, que la expresión “en general”, indica que la protección del derecho a la vida desde la concepción no es absoluta ni incondicional, sino gradual e incremental según su desarrollo, lo que implica entender que pueda haber excepciones a la regla general.

Se observa, entonces, que la clara posición que asume la Corte Interamericana en este fallo, coincide plenamente con la postura adoptada en el artículo 19 del proyecto de reforma al Código Civil, el que distinguía según la persona haya sido gestada por métodos naturales o asistidos. Por lo tanto, tanto para la Corte Interamericana como para el citado proyecto, concepción es anidación; y como este término no es utilizado jurídicamente, esa es la razón por la cual se ha conservado el término “concepción”.

Ahora bien, cuando el texto que finalmente se sanciona para el artículo 19 quita toda referencia a la implantación en el útero materno, plantea no sólo una discordancia legislativa con el resto de las normas relacionadas con ese artículo, sino que también

---

<sup>132</sup> C. I.D.H, Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012). Sentencia. Párrafos 245 y 253. Recuperado el 20/08/2015 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>133</sup> Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de mayo de 1969.

produce un retroceso legislativo desde el momento que no acoge la jurisprudencia de la CIDH sentada en el caso “Artavia Murillo” analizado, la que denota una postura amplia y flexible frente al tema de la personalidad del embrión *in vitro*.

## **2. La jurisprudencia argentina y el estatus jurídico del embrión humano ante el vacío legislativo.**

Desde hace tiempo y desde diversos ámbitos, se lanzaron opiniones en torno al tema central de cuándo comienza la existencia de la persona humana. En este camino, fueron nuestros jueces quienes, en última instancia, decidieron el tema en virtud de los casos particulares en los que les tocaron intervenir y resolver. Es así que, a nivel nacional, en el año 1999 se dictaba un fallo trascendente, el que sentó un precedente muy claro en nuestro país ante el vacío legislativo imperante respecto del destino de los embriones congelados: la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala I<sup>134</sup>, consideró que los embriones *in vitro* son personas humanas, extendiendo la protección judicial a los que se hallan congelados; como así también, manifestó la necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es decir que con este pronunciamiento de la Cámara Nacional Civil, quedó establecido jurisprudencialmente, que no importa dónde se produce físicamente la concepción de un embrión –es decir, que la misma suceda dentro o fuera del seno materno– sino que desde el momento de la unión de los gametos masculino y femenino, ya hay persona física en términos jurídicos.

En el año 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>135</sup> se pronunció respecto del derecho a la vida de la persona por nacer. En particular, es importante la interpretación del más alto Tribunal en este fallo, conforme la cual el derecho fundamental a la vida humana y su protección *rige a partir de la concepción, según lo establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 23.054) y por el artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño (Ley 23.849)*.

---

<sup>134</sup> Cám.Nac.Civ., Sala I, “Rabinovich s/Recurso de Amparo”, J.A. 1999-II-343(1999).

<sup>135</sup> C.S.J.N. “Tanus, S.”. Fallos 324:5 (2001).

Al año siguiente en el año 2002, nuestro más alto Tribunal<sup>136</sup> se vuelve a expresar en ese sentido, sosteniendo que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir, con la fecundación. En ese momento –sostuvo la Corte Suprema- *existe un ser humano en estado embrionario*. Además, en el considerando 2°, el Alto Tribunal sostuvo que el recurso extraordinario es formalmente admisible debido a 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 C.N; 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).

En el año 2008, la Cámara de Apelaciones de San Nicolás<sup>137</sup>, rechaza una acción de amparo incoada por un matrimonio a fin de que la Obra Social IOMA a la que se encontraban afiliados, cubra una fertilización *in vitro* para concebir un hijo, entre otros argumentos, por considerar que los amparistas han dado muestra acabada de su intención de descartar embriones que no se lleguen a utilizar en la práctica, lo que implica el descarte de vida humana, “*vida de sus propias vidas, pero que se distingue de aquellas desde sus inicios*”. Sostienen, además, los camaristas en este pronunciamiento, que la “*libertad de procreación no puede pensarse sin límites, es decir, que debe ser responsable, máxime desde que es decidida*”. En definitiva, surge también de este fallo, que del confronto de los derechos sobre maternidad-paternidad y a formar una familia pretendidos por los amparistas a través de la vía asistida con selección de embrión y descarte de sobrantes, como implica tal práctica, versus la vida y dignidad de dichas personas de tal forma concebidas, debe optarse por proteger los derechos de éstos últimos.

Posteriormente, tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema la Cámara de Apelaciones en lo Civil.<sup>138</sup> En este pronunciamiento, la Cámara expresó que la falta de legislación no es óbice para alcanzar una solución. El vacío legal debe resolverse conforme a los principios generales del Derecho, a nuestra Constitución Nacional y a nuestro ordenamiento jurídico positivo. De este modo, ante la inexistencia de una legislación específica sobre la fecundación *in vitro*, y respecto del estatus jurídico del embrión, sostuvo que se impone una interpretación acorde con la evolución de los avances científicos, y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana

---

<sup>136</sup> C.S.J.N, “Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”. P. 709. XXXVI (2002).

<sup>137</sup> Cám. Apel. de San Nicolás. “S.A.F. y A.H.A s/Amparo” (2008). Infojus, Sistema de Información Jurídica, Id Infojus SUB2960766. Disponible en: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

<sup>138</sup>C.N.Civ., Sala J, “P.A. c/S., A.C s/ Medidas Precautorias” (2010). Recuperado de <http://revista.cpacf.org.ar/Revista003/Jurisprudencia%20Rev%2003/Implante.pdf>

(conforme artículos 63, 70, 72, 75 del Código Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales.

A su vez, en el año 2012, hubo un fallo importante pronunciado por la Cámara Federal de Mar del Plata<sup>139</sup>, debido a que este Tribunal debió resolver acerca de la cuestión de los embriones sobrantes. En este sentido, la Cámara entendió que *“tratándose de una fecundación asistida y habiendo embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana”*, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente. A su vez, ordena a los profesionales intervinientes a proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para *“mantenerlos en vida y preservar su completa integridad”*. También, y en función de respetar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, *“se prohíbe expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y, -sostienen los camaristas- obviamente su descarte o destrucción”* (voto del Dr. Tazza, al que adhiere el Dr. Serrano – mayoría).

En el año 2014, y posteriormente al pronunciamiento de la CIDH en el caso “Artavia Murillo”, la Corte Suprema Mendocina<sup>140</sup>, rechazó un recurso de amparo deducido por una pareja a fin de que la Obra Social O.S.E.P (servicio estatal-provincial) cubra una técnica de alta complejidad (ICSI) acompañada de diagnóstico genético preimplantatorio (DGP).

Este Tribunal, entre otros argumentos, alegó que la citada técnica importa asumir la realización de biopsias sobre los embriones, su selección y descarte y no establece el destino final con precisión y seguridad científica. Arguyó, además, que

(...) la protección de la vida y su dignidad se imponen según el ordenamiento constitucional argentino desde el comienzo de su existencia, más allá de cuándo se la considere sujeto de derechos y con posibilidad de defenderlos en juicio por sí o a través de terceros, entre otras consideraciones.

Más recientemente, y en oportunidad de resolver la cuestión de si existe obligación de cobertura por parte de OSDE del estudio de diagnóstico preimplantatorio, el Juzgado

---

<sup>139</sup> Cám. Fed. Apelac. Mar del Plata, “P. D. y otro c/OMINT” (2012). Ed. Microjuris.com, MJ-JU-M-73426-AR, MJJ73426. Recuperado de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/17/en-caso-de-existir-embryones-sobrantes-luego-de-la-fertilizacion-in-vitro-debe-procederse-a-su-inmediata-crioconservacion/>

<sup>140</sup> C.S.J Mendoza, Sala I. “L., E.H. c/OSEP s/Acción de Amparo p/Apelación s/Inc.” (2014). Recuperado de <http://todosobrelacorte.com/wp-content/uploads/2015/09/LHE-SCJMza.pdf>

Federal en lo Civil y Comercial de San Martín<sup>141</sup>, se expidió en virtud del vacío normativo existente respecto del embrión humano, entendiendo que en Argentina la técnica de la Fertilización Humana Asistida está autorizada legalmente y con cobertura prestacional obligatoria, *pero respecto de los embriones sin utilizar no existe legislación que regule su destino*; y, a su vez, hizo este Tribunal una interpretación tanto del Código Civil y Comercial (aún no vigente a la fecha de la resolución del caso), como así también, del Proyecto de Código unificado del año 2012 en lo que respecta al artículo 19, y determinó que la nueva normativa permite vislumbrar que los embriones que no se han implantado por diversas circunstancias en el seno materno merecen protección jurídica, y por lo tanto, corresponde atenerse a las posibilidades de crioconservación que brindan las instituciones específicas. También, en dicho fallo, se concluyó respecto de la nueva legislación, que se advierte una diferencia entre el embrión no implantado –protección por ley especial- y el implantado, que según los fundamentos que acompañaron el proyecto, obedece a que se tuvo en consideración “*el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno*”. Además, se cita en este pronunciamiento al artículo 21 del C.C. y C, del que se deduce que contiene un *reconocimiento implícito* de que el inicio de la persona lo es desde la “implantación”, momento en que –según el juez de San Martín- comienzan a desarrollarse las condiciones propicias para su evolución. De lo que se deduce que, en este caso, se ha asimilado el término concepción a implantación realizando una interpretación sistémica del artículo 19 dentro del conjunto de la reforma civil y comercial.

Es decir que, de este *corpus* jurisprudencial analizado, extraigo como conclusión general que, al menos desde el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Portal de Belén” del año 2002, el debate no giró en torno a la personalidad del embrión –ya que era una cuestión que a mi entender no se ponía en duda en ese momento-, sino más bien, a la determinación del modo más adecuado de hacerlo valer frente al ejercicio del derecho de a la salud reproductiva de la madre. La discusión se centraba, básicamente, en las consecuencias normativas del debate científico acerca del mecanismo anti implantatorio del dispositivo intrauterino o de cualquier otro anticonceptivo que pudiese actuar frustrando el desarrollo del embrión.

---

<sup>141</sup> Juzg. Fed. En lo Civil y Com. y Cont. Admr. de San Martín. “G., Y. S. c/O.S.D.E s/Prestaciones Médicas” (2014). Recuperado de <http://www.cij.gov.ar/nota-14065-Fallo-ordena-a-una-prepaga-a-dar-cobertura-integral-de-un-estudio-y-un-tratamiento-m-dico.html>

A su vez, la Corte Suprema de la Nación Argentina no se ha pronunciado aún en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las técnicas de reproducción humana artificial las que, de modo directo o secundario, pueden implicar el descarte de embriones humanos. En cambio, el problema –como hemos visto-, fue discutido y resuelto en el ámbito judicial en pronunciamientos de otros tribunales, siendo el primero de ellos el vertido por la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires en el fallo “Rabinovich”.<sup>142</sup>

A diferencia de lo que después determinaría la Corte Suprema de la Nación en el referido caso “Portal de Belén”, la Cámara reparó en la devaluación que podría representar la expresión “en general” utilizada en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos para la protección de la vida del neonato; y resolvió esta particularidad del texto del citado artículo 4.1 de la Convención, mediante una interpretación sistémica, ya que integró esta norma con la declaración interpretativa introducida por la Argentina en la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde su concepción –cuestión a la que ya he hecho alusión en el presente estudio-.

La Cámara concluyó, en virtud de esta interpretación sistémica, que el citado artículo 4.1 de la Convención Americana leído íntegramente con esta declaración hecha por Argentina, no debía comprenderse en sentido restrictivo del derecho a la vida del no nacido. También aquí, como en el caso “Portal de Belén”, se determinó que la concepción se produce con la fecundación. Sin embargo, mientras la Corte Suprema se apoyó en la autoridad de la ciencia, la Cámara en el caso “Rabinovich” sujetó la autoridad de la ciencia para definir el sentido del concepto “concepción” a una determinación normativa de su ámbito de referencia. Es por eso que dio por sentado y evidente, que el Derecho argentino invalida cualquier interpretación semántica que refiera el concepto de concepción a un evento posterior a la implantación –como por ejemplo sería la aparición del sistema nervioso o la morfología humana-.

Sintetizando los argumentos de la Cámara Civil en este importante pronunciamiento, surgen las siguientes proposiciones:

- Que de una lectura integral o sistémica de los instrumentos internacionales con rango constitucional, se puede afirmar que todo ser humano es persona para el Derecho argentino desde el momento de la concepción;

---

<sup>142</sup> Cám.Nac.Civ., Sala I, “Rabinovich s/Recurso de Amparo”. .A. 1999-II-343 (1999).

- Que las teorías científicas y bioéticas que condicionan la personalidad de los seres humanos concebidos al acaecimiento de cualquier evento que se produzca en algún momento posterior a la fecundación, son inadmisibles desde el punto de vista jurídico;

- Que aunque sea dudoso si la fecundación se ha producido o no aún en el caso del ovocito pro-nucleado, la duda debe ser resuelta en sentido positivo a favor de la vida.

En otros casos que se suscitaron posteriormente al precedente “Rabinovich” de 1999, la decisión giró en torno a la pretensión de los progenitores de que la Obra Social de la cual eran beneficiarios, cubriera el costo del tratamiento de la fertilización asistida. De este modo, el problema de la personalidad del embrión, o bien se ignoró en la fundamentación de las sentencias, o bien desempeñó un rol secundario, prevaleciendo, en general, el derecho a la salud de los adultos accionantes. En otros casos se resolvió, además, que la amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones supernumerarios o no implantados, puede fundar el rechazo de la demanda contra la Obra Social, o bien su condicionamiento a su crioconservación y al nombramiento de un “tutor”; o, también, se ha rechazado la pretensión de los padres de que el tratamiento de fertilización sea cubierto por la Obra Social, con el argumento de que representa una amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones no implantados.

Otro giro lo encontramos con la jurisprudencia posterior al comentado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”, a lo que se suma la reforma al Código Civil y la transformación que también ha tenido esta temática con la sanción de la ley 26.862 de *Reproducción Médicamente Asistida* y su Decreto Reglamentario. En este sentido, los pronunciamientos más actuales, en aras de la dignidad y el respeto que merece la vida humana, y frente a los vacíos que aún quedan o se van generando con las innovaciones legislativas, van reconociendo la necesidad de protección jurídica del embrión sin que esto implique el reconocimiento de la personalidad jurídica de los mismos. Así, en una sentencia de mediados del año 2015<sup>143</sup>, se ha sostenido que la ley 26.862 y su decreto reglamentario, no definen concretamente el estatus del embrión sobrante en estas técnicas, por lo que se debe recurrir a aquellas otras disposiciones de carácter internacional, como la Resolución de Naciones Unidas prohibiendo la clonación humana, la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos del niño, niñas y adolescentes y lo resuelto por otros Tribunales Internacionales - como lo decidido por el Tribunal

---

<sup>143</sup> Cám. Fed. De Mar del Plata, “F., C. B. y otro c. OSDE s/Amparo” (2015). Recuperado de <http://marisaizenberg.blogspot.com.ar/2015/09/procede-accion-de-amparo-contra-obra.html>

Europeo de Derechos Humanos en el caso “Vo vs. Francia”<sup>144</sup>- donde se indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requieren de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con derecho a la vida.

Todo esto lleva a la Cámara a concluir, que frente a la necesidad de protección de esta forma potencial humana, debe prohibirse judicialmente –ante la ausencia de regulación legal- toda forma de experimentación o manipulación genética de los embriones y lógicamente su clonación.

---

<sup>144</sup> T.E.D.H. “*Vo c. Francia*” (2004). Recuperado de <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/VocontraFrancia.html>

## Conclusión

En el presente trabajo partí de la premisa investigativa, de que la redacción actual del artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –*ex* artículo 63 del Código Civil de Vélez-, permite que entren en juego varias interpretaciones, ya que no aclara qué se entiende por concepción cuando la misma se efectúa a través de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida o T.H.R.A., redacción que no sólo difiere de la del antiguo Código Civil, sino también del proyecto de reforma previsto para ese cuerpo normativo en el año 1998.

A su vez, y siguiendo con el análisis de la normativa del nuevo texto legal, vemos que la novedad y el punto de conflictividad, aparece luego, con el artículo 21 del mismo, ya que indica que los derechos y obligaciones del *concebido o implantado* en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Se establece, de este modo, una distinción entre el concebido, que según el artículo 20 del Código Civil y Comercial unificado es el fruto del embarazo - ya que concepción es el lapso que media entre el mínimo y el máximo tiempo del embarazo-, y el implantado- que será el concebido de otro modo, por ejemplo, a través de la utilización de las T.H.R.A.

Es por eso que ante este nuevo escenario legal, tanto legislativo como jurisprudencial, consideré relevante por medio del presente proyecto de investigación y a modo de objetivo general del mismo, analizar si la reforma introducida al artículo 70 y concordantes del Código Civil de Vélez Sarsfield constituye un avance o un retroceso legislativo; si la misma, en este tema, respeta los principios fundamentales del ordenamiento constitucional argentino, integrado por el llamado bloque de constitucionalidad; como así también, expuse la necesidad dejar expuestas las líneas interpretativas que subyacen al conflicto que genera la norma reformada, entre otros objetivos formulados al inicio del presente. Todo lo expuesto, teniendo como hipótesis de investigación, que el artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial, tal como quedó redactado, al no diferenciar la concepción dentro o fuera del útero y de su interpretación conjunta con el artículo 21 de dicho cuerpo normativo, genera una discriminación, ya que el concebido dentro del útero goza de derechos desde la concepción que coincide con la implantación en el útero, mientras que en la concepción *in vitro* o extrauterina sus derechos, tal como surge del citado artículo 21, comienzan desde la implantación en la mujer y no desde la concepción.

Para lograr estos cometidos, consideré relevante desarrollar mi investigación considerando cinco ejes o bloques de temas a analizar, a saber: el comienzo de la vida humana desde la Biología, desarrollando las principales teorías que hasta el momento se han formulado en torno a este tema, como así también, la cuestión del desarrollo embrionario y la división en fases o estadios de dicha evolución; el momento del nacimiento de la personalidad jurídica para el Derecho argentino, antes de la reforma operada al antiguo Código Civil, y sus consideraciones e implicancias constitucionales; el momento de la concepción y el estatus jurídico que le otorgan al embrión humano otras legislaciones, indagando acerca de los sistemas que existen a nivel internacional respecto de estos temas; también, el momento de la concepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, haciendo hincapié en los antecedentes de la reforma operada al derecho privado, como así mismo, en las diferentes interpretaciones que han hecho los estudiosos del Derecho respecto de las modificaciones mencionadas. Por último, fue también objeto de atención en el presente trabajo, la jurisprudencia elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien a través de un importante precedente, ha realizado una nueva interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana, muy relevante para la reflexión sobre el tema central en estudio dado que sus argumentos han sido contemporáneos a nuestra reforma civil y comercial, y por lo tanto, influyentes, en última instancia, en la concepción final de la reforma respecto del tema del comienzo de la personalidad en el ser humano y su adecuación a los avances científicos instrumentados a través de la utilización de las T.H.R.A.; como así también, me pareció importante relevar la jurisprudencia nacional en torno a este tema, sobre todo, verificando la evolución de la misma antes y después, tanto de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, como así también, de la influencia del precedente de la CIDH “Artavia Murillo”.

Luego del desarrollo exhaustivo de los mencionados ejes de investigación, he extraído las siguientes conclusiones:

. No hay duda, desde el punto de vista de las ciencias biológicas, que el proceso que se desarrolla a partir de la unión del óvulo femenino con el espermatozoide o gameto masculino, *es un proceso*; pero el mismo, comienza con un hecho cierto –la formación de un cigoto o embrión humano-, ya sea dentro del cuerpo de la mujer o fuera del mismo –en el caso de la utilización de técnicas de fertilización asistida-. Por lo tanto, más allá de la posibilidad de desarrollo o evolución del cigoto, al mismo cabe darle una entidad, un valor. Es por eso que, a partir de qué momento comienza a tener entidad y consideración jurídica ese hecho biológico –que en el Código de Vélez no cabían dudas que lo era a partir de la

concepción y fecundación en el útero materno-, en el actual Código Civil y Comercial de la Nación no se ha determinado unívocamente.

. A su vez, he podido apreciar, que tanto el concepto de embrión al que se adhiera, como la teoría acerca del momento del inicio de la vida humana que se sostenga como válida, permiten posicionar, ya sea al lector o al investigador, frente al problema en análisis; problema que por otra parte, no se le planteó al codificador anterior, Dalmacio Vélez Sarsfield, dado que en el contexto de esa época –fines del siglo XIX- era impensable que la fecundación de los gametos masculino y femenino pudiera ser fuera del cuerpo de la mujer. Sin embargo, es un dilema que se le presentó al codificador en la actualidad, y que no ha podido resolver a través de una legislación clara y coherente respecto del tema. Y sostengo esto porque, por un lado, nuestra legislación actual pareciera adscribirse a la teoría de la fecundación, cuando en el artículo 19 del Código unificado se establece el inicio de la persona humana con la concepción. Pero en el artículo 21 del citado Código, parecería receptar o adherir a la corriente que sostiene que el inicio de la persona sucede con la implantación o anidación en el útero. Es por eso que, llegado a ese punto de la investigación, me di cuenta que era necesario ahondar en los demás aspectos para arribar a una conclusión o interpretación de la voluntad del legislador sobre el tema.

. Esta dispar interpretación a que da lugar la nueva normativa constituida, principalmente, por el juego de los artículos 19 y 21 del C.C. y C., pero también por la relación con otros artículos a los que he hecho referencia en el Capítulo IV del presente, a saber, el 560, el 561, el 17, el 51, el 57, como así también, la Disposición Transitoria Segunda y los preceptos que surgen de la ley de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario, ha dividido a la doctrina en dos corrientes: la primera, que denominé como “clásica”, que reúne a los autores que postulan de forma amplia la personalidad del embrión humano constituido por fecundación, ya sea, en el seno materno, *in vitro* o en cualquiera de las formas o modos extracorpóreos inventados o creados por el hombre; la otra, a la que he distinguido como “extrema”, y cuyo argumento principal es negar el carácter de persona humana al embrión antes de su implantación en la mujer. Es por eso que, el reconocimiento de la existencia de estas dos posturas inconciliables por momento, me llevó a preguntarme acerca de las consecuencias que desde el punto de vista de los Derechos Humanos, tendría la adopción o defensa de una u otra.

En este sentido pude concluir, que si nos colocamos en la vereda del reconocimiento de la personalidad del embrión humano, esta postura entra en colisión con todos aquellos que utilicen o manipulen con diferentes fines a dichos embriones, y que,

básicamente, la adhesión a esta postura “extrema”, implicaría un desconocimiento de los derechos reproductivos como Derechos Humanos fundamentales, los que incluyen, además, el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de técnicas de reproducción humana asistida, y sus posibles derivados o consecuencias, como por ejemplo, el diagnóstico genético preimplantacional y la crioconservación de embriones; por el contrario, pude analizar que, sostener la libre disponibilidad del embrión en virtud de no considerarlo como sujeto de derecho hasta tanto se produzca la implantación o anidación en el seno materno, se considera que afecta Derechos Humanos tales como, la dignidad humana, la vida, los derechos de la personalidad, el derecho al desarrollo, el derecho a la autonomía personal, a la integridad física y a la no discriminación.

. También pude advertir, que esta dualidad de interpretación y de posiciones enfrentadas a que nos lleva la actual reforma legislativa, está relacionada con la segunda cuestión planteada y que se desprende el nuevo artículo 21 del C.C. y C. en concordancia con el 19 de dicho cuerpo normativo, y que algunos entienden como una cuestión de duplicación del comienzo de la existencia de la persona humana (en el útero o fuera de él), que además de generar una contradicción genera una discriminación injusta al erigirse en un doble estándar de protección, ya que, por un lado, se protege de forma íntegra al embrión fecundado en el seno materno o al implantado en el mismo mediante alguna técnica de Reproducción Humana Asistida; y, por otro, se desprotege -al encuadrarlos en otra categoría diferente a la de persona y al sujetar dicha protección a la sanción de una futura ley- a todos aquellos embriones que no han sido implantados.

. No obstante, y avanzando en el desarrollo del trabajo, pude darme cuenta que el posicionarse en alguno de los extremos mencionados, es lo que agudiza el conflicto normativo y lleva a un punto de tachar o considerar, tanto la inconstitucionalidad del uso o disposición que se haga de los embriones humanos con motivo de la implementación de prácticas reproductivas artificiales, como así también, de cualquier ley o reglamentación que regule el uso o manipulación de los mismos, en aras de proteger los derechos reproductivos, la autonomía personal, el derecho a la planificación familiar y el derecho a la no discriminación de los sujetos necesitados de la utilización de dichas técnicas; como así también, el derecho al progreso científico y a gozar de los beneficios que el mismo reporta para la humanidad.

En este sentido, una interpretación sistémica y extra sistémica de la reforma en lo que respecta al inicio de la vida humana, es la que mejor resuelve el conflicto que la mala técnica legislativa ha suscitado. Y considero mala técnica legislativa, por el hecho de no

haber podido lograrse un cuerpo normativo coherente y coordinado internamente, y porque además, ha dilatado o diferido la protección del embrión humano a una instancia posterior incierta. Por ejemplo, entre otras inconsistencias, puede advertir que mientras el artículo 19 del C.C. y C. no considera persona a los embriones que no se encuentran implantados en la mujer, el artículo 2279, permite a su vez que los mismos sean sucesores y puedan ser implantados después de la muerte del causante.

Esta interpretación intrasistémica y extra sistémica, postulada por una de las autoras de la reforma del Código Civil, la autora Marisa Herrera (2014, 2015), es la que llama a considerar el artículo 19, teniendo en cuenta, en primer lugar, la intención del legislador que surge también de otros artículos, en los que se evidencia que la nueva normativa toma en cuenta una realidad insoslayable en nuestro país -la práctica frecuente de la utilización de la T.H.R.A.- y legisla al respecto, por ejemplo, en cuestiones de filiación o hereditarias; o bien, reconociendo la necesidad de una protección especial del embrión fecundado fuera del útero materno en una disposición transitoria del mismo Código -lo que implica, a su vez, que no ha considerado que la protección del embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida ya que en ningún lugar de nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe la utilización de las mismas-. Esto en cuanto a lo intrasistémico.

Respecto de la interpretación del nuevo Código unificado con otras normas por fuera del mismo, la autora mencionada llama a tener en cuenta también, la nueva Ley de Acceso a las Técnicas de Fertilización Artificial; como asimismo, los fundamentos de la reforma expresados por la Comisión Redactora en el año 2012, o bien, la jurisprudencia reciente emanada de la CIDH que interpreta un artículo de la Convención Americana (el 4.1), en el sentido de que la concepción equivale al momento de la fecundación dentro del útero materno o de la anidación o implantación en el mismo del embrión, en el caso de la utilización de técnicas de reproducción artificial; norma internacional que ha sido ratificada por Argentina y por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, cuenta con su misma jerarquía, y la que, como hemos visto en el presente estudio, es llamada a ser seguida por los órganos del Estado argentino -por ejemplo, por la Corte Suprema de la Nación-.

Creo en este aspecto, que Argentina ha desperdiciado una oportunidad de tener una legislación moderna, amplia, coherente, pero a su vez, respetuosa de los Derechos Humanos involucrados, teniendo en cuenta, además, el proceso de constitucionalización de la legislación privada que viene gestándose desde la reforma constitucional de 1994. Por

ejemplo, con una correcta redacción del artículo 19, concordante con el resto de los artículos que se relacionan con el mismo, y con la sanción de la ley que regule las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la cual se establezcan límites en su práctica y se prohíban efectos nocivos al embrión fecundado, reconociéndole su derecho a la vida y el trato respetuoso a la misma en todas las etapas del ciclo vital, nos podríamos posicionar dentro el sistema de países –tales como Alemania, Austria, Suiza e Italia- que se encuentran en un estadio o postura intermedia entre los derechos en conflicto –ver, al respecto, el Capítulo III del presente trabajo-. Y esto porque, cuando se debate en los países esta cuestión, se consideran temas vinculados a la implementación de la T.H.R.A, como por ejemplo, su carácter de último recurso, sus beneficiarios, que técnicas se incluyen, el número de óvulos a fecundar, la posibilidad o no de la dación de gametos, la prohibición o no de la crioconservación, la sanción o no de nuevas figuras penales, entre otras cuestiones.

. Por último, es importante, en este esfuerzo de interpretar la reforma al artículo 70 y concordantes del antiguo Código Civil, considerar el hecho de que la idea *concepción en el útero materno* en la época de sanción de dicho Código, no cabía la posibilidad de interpretarla de otra forma que no sea como coincidente con el inicio del embarazo o gestación en la mujer. Nuestro Código, de este modo, atendía al hecho natural de la fecundación en el seno materno, enfrentando un proceso orgánico lleno de incógnitas y también de ignorancias. Es por eso que, en este punto, creo que hay que considerar los anacronismos de los conceptos confrontados con la realidad de lo presente, y con esto interpreto, que la palabra *concepción* en el nuevo artículo 19, debe reconocerse como sinónimo del inicio de la gestación o embarazo en la mujer, ya sea por fecundación natural o artificialmente lograda fuera del útero. Este es el momento en que nuestro ordenamiento reconoce la personalidad del ser humano, lo que no significa que no se considere la defensa de la vida como valiosa. Esta premisa, consagrada en la mayoría de los instrumentos internacionales, implica que en un futuro inmediato, nuestros legisladores se pronuncien protegiendo la misma a través de una ley de regulación de toda práctica que pueda afectar, tanto la vida como la dignidad e integridad de los embriones humanos. Desconectar la defensa de la vida de la noción de persona, permite justificar su tutela en razones autónomas: la vida humana es valiosa en sí, independientemente de que tenga o no como sustento una persona individual. Es por eso que, de *lege ferenda*, postulo la modificación de la redacción del actual artículo 19 del C.C. y C.N, a fin de evitar las contradicciones que han salido a la luz a través del presente, estableciendo que el inicio de la personalidad

jurídica del ser humano se produce con la fecundación o implantación en el útero, quedando el embrión humano sujeto a la protección que tanto, la legislación nacional como internacional otorgan a la vida humana desde el momento de la concepción, ya sea ésta corpórea o extracorpórea.

## Bibliografía

### a. Doctrina

. ABELLÁN SALORT, J. C. (1999). La autonomía del embrión humano, en *El inicio de la vida (Identidad y estatuto del embrión humano)* (2ª.Ed.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

. ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (2014). *Opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la reforma de los Códigos Civil y Comercial*. Secciones últimas Dictámenes y Declaraciones. Disponible en [www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

. ARENAS MASSA, A, RAMOS VERGARA, P. y SANTOS ALCÁNTARA, M. (2014). La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile [Versión Electrónica]. *Acta Bioethica* Vol. 20, n. 2, Santiago.

. ARIAS DE RONCHIETTO, C. y LAFFERRIERE, J. (2012). La persona por nacer. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. *Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. [En línea]. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/persona-por-nacer-ronchietto-lafferriere.pdf>

. AUSTRIACO, N. P. G. (2002). On static eggs and dynamic embryos: a systems perspective, *The National Catholic Bioethics Quarterly*, 659 – 683, recuperado de: [http://austriacolab.com/AustriacoLab/Publications\\_files/AUSTRIACO-StaticEggsEmbryos.pdf](http://austriacolab.com/AustriacoLab/Publications_files/AUSTRIACO-StaticEggsEmbryos.pdf)

. BADENI, G. (2006). Derecho a la vida y aborto. En Badeni, Mc Lean, Obiglio y Rodríguez Varela. *El derecho humano a la vida*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, recuperado de [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/El\\_derecho\\_humano.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/El_derecho_humano.pdf)

- . BARRA, R. (1995/04/07). La vida empieza en la concepción, *Revista Clarín*. Recuperado de: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Id Infojus: DACA950053
- . BARRA, R. (1999). “El estatuto jurídico del embrión humano”, en *Familia y Vida. A los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Actas del III Encuentro de Políticos y Legisladores de América, 3 al 5 de agosto.
- . BERGEL, S. (2012). “El proyectado artículo 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana”, LL, 2012(E), 1350.
- . BERGEL, S. (2014). “Notas sobre bioética en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. L.L., R.D.F y P.10
- . BERTOLDI DE FOURCADE, M.V y STEIN, P. (2005). Algunas pautas para la regulación legal de la fecundación asistida [en línea], Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Id. Infojus DAOC050049. Disponible en: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar).
- . BUERES, E. Y HIGHTON DE NOLASCO, E. (2003). *Código Civil y Leyes Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. (1ª. Reimpr.). Buenos Aires: Hammurabi
- . CABEZAS, M. A. (2005). Estatus jurídico del embrión, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Id Infojus: DAOC050051. Recuperado de: [http://www.infojus.gob.ar/doctrina/daoc050051-cabezas-estatus\\_juridico\\_embrión.htm?bsrc=ci](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/daoc050051-cabezas-estatus_juridico_embrión.htm?bsrc=ci)
- . CARRANZA LATRUBESSE, G. (2012). El comienzo y fin de la existencia de las personas y de las cosas en el nuevo Código Civil Argentino y en el Anteproyecto de Reforma. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Sección Doctrina, Disponible en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)
- . CARRANZA LATRUBESSE, G. (2014). El nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial [en línea], Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, recuperado de <http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/el-nuevo-articulo-19-del-codigo-civil-y-comercial>.
- . CIFUENTES, S. (1992). El embrión humano. Principio de existencia de la persona, en *Abuso de Derecho y otros estudios. En homenaje a Abel M. Fleitas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- . COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE FECUNDACIÓN Y EMBRIOLOGÍA HUMANA, “Informe Warnock”, Julio 1984, Londres. Recuperado de [http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock\\_Report\\_of\\_the\\_Committee\\_of\\_Inquiry\\_into\\_Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_1984.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf)
- . COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación Nro. 14, Nota 12, 22º período de sesiones, 2000. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>
- . CONDIC, M. (2008). When does human life begin? *The Westchester Institute for Ethics & The Human Person*, Vol. 1, N° 1, October. Recuperado de: [http://bdfund.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/wi\\_whitepaper\\_life\\_print.pdf](http://bdfund.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/wi_whitepaper_life_print.pdf)
- . DE JESUS, L., OVIEDO ALVAREZ, J. y TOZZI, P. (2013). El Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción reconocida en la Convención Americana, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, *Prudentia Iuris*, N° 75. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf>
- . ESPINOZA ESPINOZA, J. (2008). *Derecho de las personas* (5ta. Ed.), Lima: Rhodas.
- . FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1998). El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. *Revista Jurídica del Perú*, Abril-Junio, Año XLVIII, N° 15. Recuperado de [www.geocities.ws](http://www.geocities.ws)
- . FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2002) ¿Existe un daño al proyecto de vida?, [Versión Electrónica]. *Persona. Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, nov, n. 11. Recuperado de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>
- . FERRAJOLI, L. (2002). La cuestión del embrión, entre el Derecho y la moral. *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, Madrid N° 44, julio, recuperado de [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

- . FRANK, M. Y LAFFERRIERE, J. (2012). Proyecto código civil 2012. Documento de trabajo: inicio de la vida humana. *Centro de Bioética Persona y Familia*. Recuperado de [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)
- . GALVÁN CARBALLO, M. E. (2001-2003). De la ley 35/1988 sobre técnicas de Reproducción Asistida a la ley 45/2003: un análisis crítico. ICEB (Fundación Bioética), Universitat Internacional de Catalunya, Córdoba, Recuperado de: [http://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/tesina\\_TRA.pdf](http://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/tesina_TRA.pdf)
- . GARCÍA FERNÁNDEZ, D. (2009). El embrión humano o *nasciturus* como sujeto de derechos, *Revista USCS, Direito*, Año X, n. 17, jul-dic.
- . GARCÍA FERNÁNDEZ, D. (2009). El embrión humano o *nasciturus* como sujeto de derechos, *Revista USCS, Direito*, Año X, N° 17, Jul/Dic., 12-16
- . GARCIA RUIZ, Y. (2010). El origen biológico en la Reproducción Asistida: nuevas tendencias normativas para una era global, *PolicyPapers*, N° 9, mayo, recuperado de [www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/factoriaideas/policypaper\\_9.pdf](http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/factoriaideas/policypaper_9.pdf)
- . GEORGE, R. y TOLLEFSEN, C. (2012). *Embrión: una defensa de la vida humana*, Madrid: Ediciones Rialp SA.
- . GÓMEZ SANCHEZ, Y. (1988). Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, *Revista de Derecho Político*, N° 26, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, pp. 85-113
- . GORINI, J. (2003). “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la “píldora del día después””, *L.L*, Suplemento de Actualidad, Agosto.
- . HERRANZ RODRÍGUEZ, G, LÓPEZ MORATALLA, N. y SANTIAGO, E. (2011) Inicio de la vida de cada ser humano: ¿Qué hace humano al cuerpo del hombre?, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXII, N° 2, mayo-agosto, 283-308, Murcia, España. Recuperado de: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895010](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895010)

. HERRERA, M. (2014). La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar. *Sistema Argentino de Información Jurídica*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Id Infojus DACF 140902, Recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

. HERRERA, M., CAMELO, G. Y PICASSO, S. (Direct). (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400. (1ª. Ed.). *Sistema Argentino de Información Jurídica*, Infojus, Recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

. JÁUREGUI, A. y MAC DONNELL, E. (2012). Existencia y fin de la persona humana en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. *Revista de Derecho Privado*, Año I, Nro. 2, octubre de 2012, Ediciones Infojus, Id Infojus DACF 120176, recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

. JOUVE DE LA BARREDA, N. (2010). *Explorando los genes: del bing bang a la nueva biología*, Madrid: Ediciones Encuentro.

. JÜNEMANN, F. (2009). Técnicas de reproducción asistida, *Estudios Públicos*, N° 113, Centro de Estudios Públicos CEP. Recuperado de: [http://www.cepchile.cl/1\\_4346/doc/tecnicas\\_de\\_reproduccion\\_asistida\\_legislacion\\_espanola\\_e\\_italiana.html#.Vvwbp\\_1942y](http://www.cepchile.cl/1_4346/doc/tecnicas_de_reproduccion_asistida_legislacion_espanola_e_italiana.html#.Vvwbp_1942y)

. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E. y HERRERA. (2014). M. La mirada legal: el estatuto del embrión no implantado, *Revista Internacional sobre Subjetividad, Política y Arte*, Vol. 10 (1), Julio, 116-124.

. KRASNOW, A. N. (2006). *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad* (1ª. Ed.). Buenos Aires: Editorial La Ley.

. LACADENA, J.R. (1994). Terapia Génica: consideraciones éticas, *Selecciones de Teología*, Vol.33, Revista N° 130, abril-junio, Recuperado de [http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/lilib/vol33/130/130\\_lacadena.pdf](http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/lilib/vol33/130/130_lacadena.pdf)

- . LAFFERRIERE, N. (2014). “El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”. *Revista De Derecho de Familia y Persona*, DFyP (noviembre), La Ley.
- . LAMM, E. (2014). El embrión *in vitro* en el proyecto de reforma del código civil y comercial. Aportes para una regulación propia de un estado laico. En Graham, M. y Herrera, M. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. (1ª. Ed.), *Sistema Argentino de Información Jurídica*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Id Infojus: LB000052. Disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)
- . LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. Código Civil y Comercial. La regulación de la persona humana. Aspectos Generales [en línea], Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Exposición dictada en el marco de la Diplomatura sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Austral, s.f. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-la-regulacion-de-la-persona-humana.-aspectos-generales>
- . LOYARTE, D. y ROTONDA, A. (1995). *Procreación humana artificial: un desafío bioético* (1ª. Ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma,
- . LUGO, E. (2006). *Bioética personalista. Visión orgánica del P. José Kentenich*, (1ª. Ed.), Córdoba: Patris.
- . LUGO, E. (2010). *Introducción a la Bioética Clínica: perspectiva personalista* (1ª. Ed.). Buenos Aires: Agape Libros.
- . NINO, C. (2012). *Ética y Derechos Humanos* (2ª. Ed.) Buenos Aires: Astrea.
- . PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre Clonación Humana, 7/09/2000, recuperado de <http://www.bioeticanet.info/genetica/clonacion.htm>
- . PARLAMENTO EUROPEO. Resolución sobre Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética, 1989, recuperado de <http://www.bioeticanet.info/genetica/clonacion.htm>

- . PAUL DÍAZ, A. (2012). Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 18, N° 1, 61-112.
- . PEYRANO, G. (2003). “El derecho a la vida y el comienzo de la vida humana”. J.A. 2003 II, LexisNexis
- . PINTO, M. (1997). El Principio *Pro Homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos en el ámbito interno, en Abregú, M. y Courtis, C (Comp.). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Argentina: Editores del Puerto.
- . RODRÍGUEZ VARELA, A. (2006). La persona por nacer al comenzar el siglo XXI. En Badeni, Mc Lean, Obiglio y Rodríguez Varela. *El Derecho Humano a la vida*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires.
- . ROITMAN, H. (1987). *Proyecto de Código Civil. Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción* (1ª. Ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea
- . SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (2013). “La protección jurídica desde el principio de la vida humana. A propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana”, E.D., Vol. 251, Suplemento del 18/03/2013, 782.
- . SGRECCIA, E. (2014). *Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica* (1ª, Reimpresión). Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- . SOSA, V. (2006). Comienzo de la existencia de las personas físicas. Protección Jurídica. *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro UNICEN, recuperado de: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/919/774](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/919/774)
- . TERRÓN, S.M. (2014). Hacia la protección jurídica del embrión humano *in vitro*. Avances de la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida y el Proyecto de Nuevo Código Civil. [Versión Electrónica] *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Id Infojus DACF 140004. Disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

. UGARTE GODOY, J. (2004). Momento en que el embrión es persona humana. Ensayo, *Estudios Públicos*, 96, (primavera 2004), recuperado de: <http://www.cepchile.cl>

. ZAMBRANO, M. P. y SACRISTÁN, E. (2011). “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia Estadounidense y Argentina”. J.A. Fascículo 13, 2011-II, 45-52

. ZURRIARÁN, R. G. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. Departamento de Ciencias de la Educación, Universidad de La Rioja, *Cuadernos de Bioética XXII*, recuperado de

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2014000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2014000200004&script=sci_arttext)

## **b. Legislación nacional**

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Comisión: Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci) – Decreto N° 191/2011
- Código Civil de la Nación – Ley N° 340– Arts. 63, 70 y 71
- Código Civil y Comercial de la Nación - Ley N° 26.994 – Arts. 19 y 21
- Decreto Reglamentario N° 956/2013 de la ley N° 26.862
- Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida – N° 26.862
- Ley de Identidad de Género – N° 26.743
- Ley de Matrimonio Igualitario – N° 26.648
- Ley de Protección Integral de la Mujer – N° 26.485
- Ley de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes – N° 26.061

## **c. Tratados Internacionales**

- CONSEJO DE EUROPA - Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina – Convenio de Oviedo (1996)
- OEA - Convención Americana de Derechos Humanos (1969)
- OEA – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- ONU – Convención de los Derechos del Niño (1989) – Ley N° 23.849
- ONU - Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)

- ONU - Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) – Ley N° 23.179
- ONU – Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- ONU – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

#### **d. Legislación Extranjera:**

- España – Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- Gran Bretaña - Ley de Fertilización Humana y Embriología – 1990
- Alemania - Ley de Protección de Embriones N° 745/1990
- Italia - Normas en materia de fecundación médica asistida – Ley N° 40/2004
- Francia - ley N° 94-653 sobre Respeto del cuerpo humano y Ley N° 94-654 relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal
- Dinamarca – Ley N° 460 – Junio 1997
- Chile –Ley N° 20.120 sobre la Investigación Científica en el ser humano, su genoma y prohibición de la clonación humana. – 2006
- Perú – Ley General de la Salud – 1984 y su reglamento “*Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud*”
- Brasil – Ley de Bioseguridad N° 11.105
- Uruguay – Ley N° 19.167 – Técnicas de Reproducción Humana Asistida

#### **e. Jurisprudencia**

##### **- Tribunales Nacionales:**

- Cám. de Apel. de San Nicolás, “S.A.F. y A.H.A s/Amparo”, 15/12/2008, Infojus, Sistema de Información Jurídica, Id Infojus SUB2960766. Recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)
- Cám. Fed. Apela. Mar del Plata, P. D. y otro c/OMINT”, 14/05/2012, Ed. Microjuris.com, MJ-JU-M-73426-AR, MJJ73426,
- Cám. Nac. Civ., Sala J, “P.A. c/S., A.C s/ Medidas Precautorias”, 13/09/2011. Recuperado de <http://revista.cpacf.org.ar/Revista003/Jurisprudencia%20Rev%2003/Implante.pdf>.
- Cám.Nac.Civ., Sala I, “Rabinovich s/Recurso de Amparo” 3/11/1999, J.A. 1999-II-343

- Cám. Fed. De Mar del Plata, “F., C. B. y otro c. OSDE s/Amparo”, 18/06/2015. Recuperado de <http://marisaaizenberg.blogspot.com.ar/2015/09/procedencia-de-amparo-contr-obra.html>
- Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, “L., E.H. c/OSEP s/Acción de Amparo p/Apelación s/Inc.” 30/07/2014. Recuperado de <http://todosobrelacorte.com/wp-content/uploads/2015/09/LHE-SCJMza.pdf>
- CSJN “Tanus, Silvia”, 11/01/2001, Fallos 324:5. Recuperado de <http://www.notivida.org/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html>.
- CSJN, “Campodónico de Beviacqua”, 24/10/2000, Fallos 323: 1339. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>
- CSJN, “Mazzeo, J.L y otros s/Rec. de casación e inconstitucionalidad”, 13/7/2007. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=1951>
- CSJN. “Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro”, p. 709. XXXVI, 5/03/2002. Recuperado de <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601>
- CSJN. “Saguir y Dib, Claudia s/autorización”. 6/11/1980, Fallo 302:1284. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>
- CSJN. “Rodríguez Pereyra J.L y otra c/Ejército argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/2012. Recuperado de <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697165>
- Juzg. Fed. En lo Civil y Com. y Cont. Admr. De San Martín. “G., Y.S. c/O.S.D.E s/Prestaciones Médicas”, 16/09/2014. Recuperado de <http://www.cij.gov.ar/nota-14065-Fallo-ordena-a-una-prepaga-a-dar-cobertura-integral-de-un-estudio-y-un-tratamiento-m-dico.html>

#### **- Tribunales Extranjeros**

- CEDH, “A, B y C vs. Irlanda”, 16/12/2010. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cedhabcaaborto.html>).
- CIDH, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- CIDH, “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26/11/2010. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>
- CIDH. “*Baby Boy vs. Estados Unidos*”, caso 2141. Resolución N° 23/81. Recuperado de <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/356>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, “Roa López, Mónica del Pilar y otros”, 10/05/2006, Sentencia C 355/06. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, “Sochandamandou, A”, 17/03/1994, Sentencia C-133/94. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Sentencia 2000-02306 del 15/03/2000, Expediente 95001734007-CO. Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&nValor1=1&nValor2=128218&strTipM=T&strDirSel=directo&\\_\\_ncforminfo=x3GamT9qo7XMrubJK6U1snLeItdGLOa3TKifF9CFPzsvYDbOGIM-6yN8apnnAXfNMPV2Qdbg98XZ92M74vz9YQx1U3eQ2B-LzBXA-LaWjXIj1QQvxmOiQ==](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=128218&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=x3GamT9qo7XMrubJK6U1snLeItdGLOa3TKifF9CFPzsvYDbOGIM-6yN8apnnAXfNMPV2Qdbg98XZ92M74vz9YQx1U3eQ2B-LzBXA-LaWjXIj1QQvxmOiQ==)
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE COSTA RICA, Sentencia N° 2005-10602 del 16/08/2005, Expediente anexo, Tomo V, Anexo XXVIII, folio 5842. Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&nValor1=1&nValor2=427843&strTipM=T&strDirSel=directo&\\_\\_ncforminfo=26mCMD04UnvXKwWBARardr2IroOIOOXQByK2ZGGC MYW2tozAiwJgQ-L\\_XxGJ8iR9ksCZWIKY\\_bOyNe8MHEn7fPR3Hxwj7rX5jUG13DTm2DV9\\_P YHVxIzNg==](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=427843&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=26mCMD04UnvXKwWBARardr2IroOIOOXQByK2ZGGC MYW2tozAiwJgQ-L_XxGJ8iR9ksCZWIKY_bOyNe8MHEn7fPR3Hxwj7rX5jUG13DTm2DV9_P YHVxIzNg==)

- TEDH, “SH y otros vs. Austria”, 3/11/2011. Recuperado de [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["894729"\],"itemid":\["001-107325"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- TEDH, “Vo c. Francia”, 8/7/2004. Recuperado de <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/VocontraFrancia.html>
- TEJ, Gran Sala, “Oliver Brüstle vs. Greenpace”, 18/10/2011. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2011/10/brustle-oliver-v-greenpeace-ev>
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, Sección Quinta, Costa Rica, Proceso Contencioso “Henchoz Bolaños, Ileana c. Caja Costarricense de Seguro Social”, Expte. N° 08001781027-CAm 14/10/2008. Recuperado de [www.poderjudicial.go.cr/.../fallos/.../26-fallos-relevantes-contencioso-2009?...n](http://www.poderjudicial.go.cr/.../fallos/.../26-fallos-relevantes-contencioso-2009?...n).