

TRABAJO FINAL DE GRADO (PIA)



La determinación del momento de concepción
según el ordenamiento jurídico argentino cuando
se utilizan las TRHA.

MAJDA MARIA JOSE

-2017-

Resumen

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son utilizadas cada vez más a los fines de procrear y la cuestión jurídica crítica que se presenta ante este fenómeno es como determinar el momento de concepción y el reconocer la personalidad. Ello no está definido en el Código Civil y Comercial y por esa esencial razón es que se presentan posturas antagónicas frente a este vacío legal.

El objetivo fue analizar las diferentes teorías sobre la determinación del momento concepción y sus consecuencias, considerando todo ello desde un aspecto axiológico de los derechos humanos. A modo de reflexión, el lector se encontrara con una investigación que involucra no solamente un problema jurídico, en lo más puro de su ciencia, sino con un problema filosófico-jurídico, al tener que tocar un punto tan sensible como es la vida humana y su dignidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, se enrola en la teoría de la fecundación y así la persona existe a partir de la unión de gametos fuera o dentro del seno materno. Fundamentan su postura en el derecho natural. El embrión in vitro, en crecimiento, o congelado para conservarse, debe ser tutelado en su entera personalidad.

Palabras claves: TRHA -Persona humana- Concepción – Dignidad - Embrión - Personalidad.

Abstract

The techniques of assisted human reproduction (AHRT) are used more and more for the purpose of procreation and the critical legal issue that arises before this phenomenon is to determine the moment of conception and the recognition of the personality. This is not defined in the Civil and Commercial Code and for that essential reason is that antagonistic positions are presented in front of this legal vacuum.

The objective was to analyze the different theories about the determination of the conception moment and its consequences, considering all this from an axiological aspect of human rights. By way of reflection, the reader will

find an investigation that involves not only a legal problem, in the purest of his science, but with a philosophical-juridical problem, having to touch a sensitive point such as human life and your dignity

The majority national doctrine and jurisprudence, is enlisted in the theory of fertilization and thus the person exists from the union of gametes outside or within the maternal womb. They base their position on natural law. The embryo in vitro, in growth, or frozen to conserve, must be protected in its entire personality.

Keywords: TRHA - Human person - Conception - Dignity - Embryo - Personality.

ÍNDICE

Introducción	6
Capítulo 1: Persona Humana y Concepción	10
Introducción	11
1. Concepto de persona	11
1.2 Concepto de persona física en el Código Civil Argentino.....	15
1.2.1 La expresión “seno materno” del Código Civil	21
2. Persona Humana: Art. 19 del Código Civil y Comercial.	23
2.1. Concepción: Breves nociones	26
Conclusiones Parciales	29
Capítulo 2: Técnicas de reproducción humana asistida: El vacío legal y sus efectos jurídicos	30
Introducción	31
1. Concepto de TRHA y modalidades utilizadas	31
2. Efectos jurídicos principales: Nociones.....	36
3. Regulación en la Ley especial 26.862	37
4. Incorporación de las TRHA a la legislación civil. Ley 26.944 y su relación con el art. 19.....	39
5. Los derechos fundamentales comprometidos	41
Conclusiones Parciales	43
Capítulo 3: Teorías sobre la determinación del momento de concepción	45
Introducción	46
1. Teorías de la concepción.....	47
1.1. Teoría de la fecundación. Efectos.....	48
1.2. Teoría de la implantación. Efectos	52

2. Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central: Nociones	53
Conclusiones Parciales	54
Capítulo 4: Interpretación y criterios jurisprudenciales.....	55
Introducción	56
1. Interpretación de la jurisprudencia de Costa Rica	57
1.1 Fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Artavia Murillo...59	
1.2 Obligatoriedad de las resoluciones de la CIDH.....	64
2. Jurisprudencia Argentina: “P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo”	66
Conclusiones Parciales	68
Conclusiones Finales	70
Índice bibliográfico.....	72
1. Doctrina	72
2. Legislación.....	75
3. Jurisprudencia	76
3.1 Nacional	76
3.2 Internacional	77

Introducción

La persona humana y su vida en relación es la razón primordial por la cual se despliega todo el ordenamiento jurídico. Desde la concepción del derecho natural hay derechos inherentes, inalienables, inmutables y universales que no pueden ser desconocidos o lesionados por el derecho positivo. El reconocimiento de la existencia de la persona humana y con ello su dignidad son la fuente del resto de los derechos fundamentales del hombre.

El momento a partir del cual existe la persona humana es un hecho jurídico con las más importantes consecuencias jurídicas. Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) expresa en el art. 19 que ese momento es la concepción. Sin embargo la norma no define que se entiende por persona humana ni tampoco determina el momento de concepción.

Cuando la reproducción humana es natural, producto de la relación sexual de una mujer con un varón, no existen problemas jurídicos críticos. La concepción tiene lugar con la unión de gametos masculinos y femeninos en el seno materno de la mujer. Consecuentemente esa persona humana existe y es reconocida su personalidad jurídica. Por ende merece la protección de su derecho a la vida desde ese momento.

Sin embargo con el avance científico tecnológico se desarrollan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a los fines de la procreación por diversas causas y motivos. Estas son reguladas en forma específica, en cierto aspecto, por el CCyCN, derogando el viejo Código Civil de Vélez Sarsfield, luego de casi treinta años de vacío legal en la materia. Posteriormente a la reforma constitucional en el año 1994, donde se han incorporado las Convenciones de DD.HH., las TRHA han sido una cuestión jurídica y filosóficamente debatidas en doctrina y en jurisprudencia.

El CCyCN no deja lugar a dudas de que estamos frente a una tercera forma de filiación lo que produjo un impacto dentro del derecho de familia y del derecho constitucional a la luz de los derechos humanos. Se incorporó y reguló a las TRHA y los modos en que se determina la filiación cuando un hijo nace por esos

métodos, pero por otro lado no se establece la determinación del momento de la concepción.

Por ello, ante la utilización de las TRHA: ¿Cómo se determina el momento de la concepción según el actual ordenamiento normativo civil argentino? ¿Cuáles son las teorías que intentan resolver el vacío legal en el derecho argentino?

Por el momento es la jurisprudencia la que en definitiva va delineando esta cuestión tan importante ya que involucra el aspecto fundamental de la persona humana: su misma existencia y dignidad. Sin embargo la jurisprudencia no unifica criterios y las contradicciones no solamente son nacionales sino que se encuentra en cuestión la aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha tomado una postura antagónica al criterio mayoritario argentino a través del fallo "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c/Costa Rica del año 2012.

Viéndose afectados derechos personalísimos altamente protegidos por las Convenciones de Derechos Humanos, es casi inimaginable lo que sucedería en un futuro cercano si no se pudiera encontrar una solución a la problemática de las TRHA. Como se verá expuesto, las consecuencias negativas del vacío que ha dejado el legislador argentino en el Código Civil y Comercial provocan efectos alarmantes en la sociedad. Por un lado se protege al máximo la dignidad humana y por otro lado la misma se ve menoscaba en lo más profundo de su significación: el inicio de su existencia.

El objetivo de este TFG es analizar y describir las teorías de determinación del momento de la concepción, sus efectos jurídicos y la interpretación de la jurisprudencia argentina y de la CIDH, cuando se utilizan las TRHA, considerando todo esto desde un aspecto axiológico de los derechos humanos.

Para lograr los objetivos propuestos se utilizó un método descriptivo con una estrategia metodológica cualitativa, acudiendo a fuentes primarias, secundarias y terciarias, analizando documentos, contenidos y fallos. La investigación se delimitó temporalmente en el año 2015 que entra en vigencia el CCyCN.

Sobre el alcance del nivel de investigación, se ha realizado un análisis de la jurisprudencia argentina, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Juzgados Federales. Respecto al derecho comparado solo se han tomado algunos datos legislativos y se analizan las decisiones judiciales extranjeras de la CIDH.

El TFG se estructura en cuatro capítulos. Cada uno de ellos contiene una breve introducción y sus propias conclusiones parciales a fin de que el lector comprenda acabadamente las conclusiones finales siguiendo una relación coherente de los temas abordados.

El capítulo primero se inicia con la conceptualización de persona humana para el derecho argentino. Se contempla la evolución del concepto tomando como punto de partida la concepción del codificador Dalmasio Vélez Sarsfield, así como la importancia en la época anterior al CCyCN, del concepto de seno materno, teniendo en cuenta las teorías en discusión que son analizadas en este TFG. A la vez se brinda breves nociones del vocablo concepción con la finalidad de que al abordar el capítulo referente a las TRHA se pueda realizar una interpretación coherente.

Por último se realiza lo propio con el art. 19 CCyCN y sus antecedentes, intentando hallar los motivos del vacío legal que provoca el conflicto jurídico aquí investigado.

El capítulo segundo se dedica a la descripción de la regulación legal de las TRHA. La importancia de las mismas determina la existencia misma de las teorías puestas en discusión y debate. Se realiza una correlación necesaria de conceptos fundamentales, ya que al hablar de la concepción en los casos de TRHA involucramos la consideración filosófico-jurídica del concepto de persona y se analizan los efectos jurídicos principales de la utilización.

La regulación anterior Ley 26.862¹ y la actual 26.994² son interpretadas en relación y en cuanto a los aspectos regulados y no regulados en cada una de ellas haciendo notar el vacío legal en la materia en cuanto a la cuestión central del

¹ Ley de Reproducción Medicamente Asistida (B.O. 25/06/2013)

² Código Civil y Comercial de la Nación (B.O. 08/10/2014)

TFG. Por último se aprecia la incorporación de la regulación de las TRHA a la codificación civil.

El capítulo tercero examina detalladamente las teorías desarrolladas en doctrina y jurisprudencia que brindan solución al vacío legal en el derecho argentino. Si bien las mismas son diversas e involucran cuestiones médico-científicas con jurídicas, se hará un breve análisis de las menos relevantes para desarrollar las dos teorías más contundentes: la teoría de la fecundación y la teoría de la implantación.

En el capítulo cuarto se intenta defender la hipótesis analizando la jurisprudencia mayoritaria argentina que discrepa con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Y allí el conflicto ya no es sólo de fondo sino también de forma, en razón de que Argentina es parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) y se encuentra obligada a las resoluciones de su Corte. No obstante la interpretación de los jueces argentinos al respecto ha sido contraria y clara como se verá expuesto

Por último y para finalizar este TFG se elaboran conclusiones acorde a los objetivos propuestos intentando brindar una armonización, una especie de hermenéutica sobre la cuestión planteada que encuentra relevancia en la raíz de ser del derecho: la persona humana.

A modo de reflexión, el lector se encontrará con una investigación que involucra no solamente un problema jurídico, en lo más puro de su ciencia sino una cuestión filosófica que concierne a toda la humanidad: la existencia y el derecho natural a la condición de vida.

Capítulo 1: Persona Humana y Concepción

Introducción

En el presente capítulo se abordan los conceptos fundamentales que son el eje del problema jurídico de la investigación: persona y concepción. No pueden analizarse las teorías de la concepción humana sin antes examinar (y sin pretender tomar una postura) a que alude la voz persona humana.

El CCyCN no define que es persona pero sin embargo se eliminan las apreciaciones y alusiones obsoletas que realizaba el Código Civil Argentino basado en el derecho antiguo. Si bien Vélez Sarsfield evolucionó en cuanto al derecho romano, se distanciaba abismalmente de la visión actual. No obstante sus conclusiones eran algo irrazonables, se adaptaban a los pensamientos arraigados de la época.

Vélez Sarsfield distinguía a la persona humana de la persona ideal por el carácter de “física”, por atributos físicos y así también intento introducir ideas sobre los “signos de humanidad”. De allí la evolución de la legislación actual al utilizar los vocablos: persona humana

En doctrina fue muy discutido el significado de “seno materno”, sobre todo con el advenimiento en los años 90 de los tratamientos asistidos, ya que en la mayoría de ellos la unión de gametos se realiza fuera de ese hábitat natural del embrión. Allí comienza a gestarse el escollo jurídico que provocó la utilización de las TRHA.

La calificación de humanidad que el CCyCN le imprime al concepto de persona termina con discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de los vocablos que utilizó Vélez Sarsfield en su código y en sus notas y sin embargo se deja sin determinar el momento de concepción.

Por ello, por último se intenta brindar breves nociones del término concepción. La significación que tenía antes de la entrada de vigencia del CCyCN y la que posee actualmente.

1. Concepto de persona

No se podría abordar el conflicto jurídico referido a la concepción humana sin antes intentar brindar un significado a la voz persona. Gallenti (2009, p. 3)

ofrece un concepto aproximado diciendo: “persona es un ser corpóreo vivo, animado, sensible, racional y finito. La racionalidad es la diferencia del humano”.

Actualmente es innegable que la voz persona no se halle ligada al concepto de dignidad. Si la racionalidad nos hace distinto a otros seres, ella nos hace dignos frente al resto de las especies. Es el libre albedrío, la libertad de elección que nos caracteriza como seres dignos, como humanos, como personas en fin. Y esa esencialidad la tenemos por el solo hecho de ser persona, sin que importe ninguna cualidad o circunstancia.

La etimología de la palabra persona no es precisa. Para lograr arribar a un acuerdo se han propuesto diferentes corrientes de opiniones de las cuales las más destacadas se pueden resumir en tres. Una primera postura asigna que la voz persona proviene del griego prósopon, que hacía alusión el rostro o faz del hombre, y en prolongación, a la máscara. (Quisbert, 2010)

En la modernidad se sostiene que persona tiene origen etrusco³ proviniendo la voz del adjetivo phersu, que se refería a un personaje enmascarado o bien en el nombre de una diosa, Perséfone. Y por último la postura de Aulio Gelio para quien persona deriva del verbo personare, que significa resonar con fuerza y así se aplicó a las máscaras que usaban los actores, que aumentaban el volumen de la voz. (Ghirardi y Crespo, 2000)

Las tres posturas coinciden en nombrar la voz latina persona como “mascara”, como algo fuera del hombre. O sea el hombre, ser humano es una cosa, y otra bien diferente es la persona. Hervada (1992) afirma que “persona tuvo desde sus orígenes, un sentimiento social y relacional: el hombre en un contexto social de relación”.

La concepción greco-romana de persona la estigmatiza en ese sentido. Persona se relaciona con la función en el ámbito social. En un principio tuvo aquel primer sentido de “mascara” y esa interpretación fue mutando hacia entender que persona era el papel que representa uno en la escena, llegando a significar en la vida real, la función que cumple el individuo en la sociedad. Para

³ Pueblo de la antigüedad cuyo núcleo geográfico fue la Toscana (Italia), a la cual dieron su nombre.

los romanos y griegos no todas los seres humanos son personas. Porque lo importante no es poder discernir sino la capacidad, la función y el estado de cada quien en la vida greco-romana (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2008).

Para el derecho romano entonces no todos los seres humanos eran personas. Se requería un cumulo de requisitos para ser considerado persona y por ende sujeto de derechos. Solo los que tenían la calidad de libres eran personas. Y con ello se nota la evolución del tratamiento del concepto en el Código Civil Argentino.

Esa concepción estamental, va desapareciendo en el período posterior a Augusto, sin todavía tener una connotación jurídica, con el advenimiento del cristianismo (Hervada 1992). Éste sostenía la consustancialidad, única sustancia con tres subsistencias, que en griego lo denominaban *hypóstasis*: Padre, Hijo y Espíritu Santo. Respecto a la encarnación de Cristo se reconoció una sola substancia y dos naturalezas: la divina y la humana. Esos conceptos fueron traducidos a la lengua latina y así *hypóstasis* significaba persona, dándole al término un sentido espiritual. (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2008).

Para Moreno Villa (2005) el aporte del cristianismo al concepto de persona tal cual lo conocemos hoy en el ámbito del derecho, fue fundamental. Se deja atrás la concepción del ser humano por lo que es y se hace referencia a él como “alguien”, un ser individual natural y substancial. En fin las cualidades que hace común a los hombres y los hace iguales y universales.

El Renacimiento fue un movimiento donde desemboco la filosofía del humanismo, dando paso a lo conocido como modernidad. Del desarrollo de las ideas y concepciones del humanismo surge una idea que tiene fuerte repercusión hasta nuestros días y ha sido el eje de los cambios en la legislación civil actual respecto a la persona: la dignidad humana.

Esta idea combinada con la concepción del cristianismo culmina con la idea de que el hombre tiene una posición preeminente sobre la tierra por ser creado a imagen y semejanza de Dios. En ese sentido el hombre es llamado y reconocido con todo derecho como el gran milagro y animal admirable...es el ser

vivo más feliz y el más digno por ello de admiración (como se cita en Rabbi-Baldi Cabanillas, 2008, p. 46).

De allí que se dijera al principio que la evolución del concepto de persona culminara con el reconocimiento de la dignidad del ser humano. Y no podía ser de otra forma, al reconocer la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Nuestro ordenamiento jurídico así lo hace, expresamente al introducir en la reforma del año 1994 las Convenciones de Derecho Humanos.

El catedrático de Salamanca, Francisco de Vitoria deja marcada su concepción de persona y su relación con el derecho: la dignidad del hombre como ser racional, inteligente y libre, es decir como persona, es el fundamento y fuente de todos los derechos. (Bretón Mora Hernández, 2012)

No caben dudas entonces, como se dijo anteriormente, que el cristianismo junto al posterior humanismo, han inspirado una concepción de la persona y de la dignidad humana como base del derecho y como calidad esencial de la persona de donde nacen todos los demás derechos humanos. Esa es la perspectiva de la legislación civil actual en el ordenamiento jurídico argentino.

Por último en esta línea de evolución filosófica respecto al concepto de persona, no se puede evadir a Kant, ya que su valoración es fundamental a los fines de este trabajo. Explica el alemán, que los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad sino en la naturaleza, irracionales y con valor relativo, utilizado como medio se llaman “cosas” y los seres racionales, a los que se llama personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, o sea que no pueden ser usados como simple medio porque no son cosas, y son considerados como fin en sí mismos. (Kant, 1785).

En conclusión la persona humana goza de dignidad por ser el único ser con racionalidad que puede dominar sus actos, sus pensamientos, su vida toda. Hervada (1992) expresa que cuando alguien ataca ese dominio, es un ataque a “su estatuto ontológico”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha dicho al respecto en Bahamondez:

El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana... Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.⁴

La CSJN se enrola en la concepción del derecho natural. Es importante desde ya apreciar el criterio de la más alta magistratura en cuanto al concepto de persona su consideración de la dignidad como fundamento y origen de todo el ordenamiento jurídico. El tribunal es claro al decir que el hombre posee un señorío de su vida, de su cuerpo que configura su personalidad, y el derecho debe reflejar esa superioridad en la legislación.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede obtener un concepto jurídico de persona humana, en el sentido del art. 51 del C.C. o el 19 del CCyC. Por ello se expresa: un sujeto capaz de derechos y obligaciones, un sujeto titular de derechos y deberes o en fin como lo llama Hervada, “un ser ante el derecho”, lo que significa que el ser humano es anterior al ordenamiento jurídico. Así entonces “persona en sentido jurídico es un concepto que esta contenido radicalmente en el de persona en sentido ontológico” (1992).

1.2 Concepto de persona física en el Código Civil Argentino

⁴ C.S.J.N. “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar.”. Fallos: 316:479; L.L 1993-D 130. (1993)

El Código Civil Argentino actualmente derogado⁵, definía a la persona humana como todo ente con signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes y especificaba que la existencia de la misma comenzaba desde la concepción en el seno materno.⁶ Por lo tanto, bajo la legislación derogada no cabían dudas de que la concepción tenía un momento preciso y era cuando existía unión de gametos masculinos y femeninos en el seno de una mujer.

En la época de la primera codificación civil no podía pensarse en otra fuente de filiación que no sea la naturaleza, y el hecho de la concepción en el seno materno hacía adquirir la personalidad jurídica y el *nasciturus* obtenía tutela jurídica desde ese momento. Por lo tanto el concebido era considerado persona en los términos expuestos precedentemente.

El Dr. Juan Carlos Palmero (2014) señalaba que ningún Código Civil, salvo el de Vélez S., introdujo una teoría general de las personas en el siglo XIX, lo que significó haber abierto grieta en el ámbito de la ciencia jurídica. “Vélez Sarsfield fue quien abrió camino a un tema particularmente complicado”, afirmó. Señaló como punto de partida al Art. 30, que define a las personas como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones y mencionó una crítica que se le ha hecho a Vélez Sarsfield en relación al artículo, debido a no haber invadido la parte espiritual interna de la persona. Remarcó que el aspecto del artículo era técnico-jurídico con una finalidad de elaborar la construcción tripartita de la subjetividad dentro del campo del derecho.

El codificador hacía hincapié en los signos característicos de humanidad que si eran determinantes en la época histórica para considerar persona a un ser vivo. Por lo tanto no se toma la concepción estamental del derecho romano, pero si queda un vestigio respecto a los caracteres físicos de un ser humano, olvidando de eso modo el aspecto interno-espiritual que integra a la persona humana.

Con todo lo planteado se quiere hacer notar la paulatina pero necesaria evolución del concepto de persona en nuestro derecho. Sin la teoría general de las

⁵ Código Civil Argentino sancionado por Ley 340 (Sancionada 25/09/1869). Derogado por la Ley 26.994 que aprueba el CCyCN (B.O. 08/10/2014)

⁶ Arts. 51 y 70 C.C.

personas que, como dice el Dr. Palmero introduce Vélez Sarsfield no se podría haber construido el significado humanista que adquiere hoy la voz persona en la legislación actual. El codificador se desprende de las rudas concepciones del derecho romano y sigue a Freitas⁷

Dice así en sus notas:

En fin, para tener la capacidad de derecho, el hijo debe presentar signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser según la expresión de los romanos, ni monstrum, ni prodigium; pero una simple desviación de las formas anormales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad⁸

Los romanos no llegaron a construir una teoría general sobre la persona, ni tampoco encontramos en las fuentes una definición. La cuna de nuestra legislación, Roma, como se vio, no consideraba a todo hombre como persona, porque además de haber nacido hombre se le requerían las cualidades de ser libre, ciudadano romano y jefe de familia. Y más aún, daban lugar a la existencia de personas que no eran humanas pero podían adquirir derechos que eran las jurídicas.

El derecho romano entendía que los monstruos, deformes, cíclopes, personas que poseyeran tres brazos o tres piernas, por ejemplo, no podían ser reconocidas como personas por faltarles los signos de humanidad. Se requería, pues, la forma humana y la separación del seno materno. Estos eran los dos primeros requisitos esenciales. Luego el concebido debía tener vida fuera del seno materno. El concebido y no nacido carecía de personalidad jurídica en Roma y nunca podía ser titular de derechos y obligaciones. Y si bien los romanos no reconocían la personalidad a la persona por nacer crearon un sistema de

⁷ Código Civil Argentino. Nota: 51. Proyecto de FREITAS, art. 35, GOYENA, art. 107, L. 5, título 23, Part. 4ª y L. 8, título 33, Part. 7ª. LL. 12 y 14, título 5, lib. 1, Dig.

⁸ Código Civil Argentino. Nota Art. 70. C.C. Último párrafo

protección del nasciturus través de penas civiles y penales. (Ghirardi y Crespo, 2000)

Vélez Sarsfield, de una manera sutil se aparta de esta concepción extrema y expresa que se es persona cuando haya signos característicos de humanidad sin considerar cualidades o accidentes. Por lo tanto eliminaba cierto tipo de discriminación por las formas, cualidades o características físicas anormales que podía adquirir una persona, pero condena su codificación a las fuentes, y así los vestigios del derecho romano hace eco en nuestra legislación.

De todos modos para comprender su postura sobre persona humana hay que considerar la nota del art. 72 del C.C. donde revaloriza la vida y la capacidad de derecho en contradicción a lo que el derecho comparado tenía entendido sobre la persona y el nacimiento con vida en ese entonces. Así sostiene:

El Cód. francés, art. 725, exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algún vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, o que haya nacido antes de tiempo... Nuestro artículo no exige la viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho. El fundamento del Cód. francés y de los Códigos que lo siguen, es el siguiente: El hijo que nace antes de los seis meses de la concepción, aunque nazca vivo, es incapaz de prolongar su existencia. Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entonces a este ser no se le puede atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad. Esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues es contraria a los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna a la mayor o menor duración que pueda tener esa existencia. Este es el derecho general, y no se comprende qué motivo haya para introducir una restricción respecto al recién nacido.⁹

Si bien el viejo código no respondía a los principios de derechos humanos, hoy ya delineados en el ordenamiento jurídico argentino, la jurisprudencia fue

⁹ Código Civil Argentino. Nota. Art. 72 C.C.

eliminando esos sesgos del remoto derecho romano, como se observará más adelante.

Alterini (1989) haciendo referencia al concepto de persona de Vélez. Sarsfield, recuerda la vieja dicotomía entre los iusnaturalistas y positivistas. El iusnaturalismo sostiene que los ordenamientos jurídicos solamente reconocen la calidad de persona que la cabe al ser humano. Siendo esa calidad anterior y superior a los ordenamientos. Por ello ningún derecho atribuye calidad de persona sino solo reconoce. En esa línea, Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica I, 29, 3.) afirmaba que “La persona es lo más noble y lo más perfecto en toda la naturaleza”.

Distinta y contraria es la posición del positivismo para quienes la persona es solamente una imputación de normas, un medio del cual el derechos se vale. Un centro de atribución. Pareciera que si hacemos una correlación en el tiempo, y lo anteriormente dicho, los romanos se inclinaban a este positivismo, no reconociendo el carácter natural del derecho a la vida y de la personalidad desde la concepción.

La dogmática moderna llama persona, en sentido técnico, a quien posea capacidad jurídica, entendiéndose por tal la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (Arguello, 1996)

De lo expuesto hasta aquí se concluye que lo que caracteriza al hombre como persona humana no son sus características físicas sino su dignidad. Dignidad significa que somos seres distintos de otros seres vivos y especialmente de otros animales. Y esa diferencia y distinción de humanidad es la libertad de elección, es el libre albedrío, es la posibilidad de optar que no tienen otros seres vivos. Los hombres no actúan puramente por instinto sino por voluntad más espíritu, guiando el accionar y siendo amo de sus acciones.

Esa dignidad se adquiere con la concepción. En el mismo instante de la creación o reproducción humana. Jacques Maritain (1981) dice que el hombre, “... se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad”, “...que en la carne y los huesos del hombre hay un alma que es un espíritu y vale más que todo el universo

material”. “La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización”

En las XIX Jornadas de Derecho Civil¹⁰ se sostuvo que:

...el comienzo de la persona humana se ubica en el momento de su concepción. A los fines del derecho, se entiende por concepción a la unión de los gametos femenino y masculino. Dicha conclusión no resulta modificada por la circunstancia de producirse dicho proceso biológico en el seno materno o en condiciones artificiales. A partir del momento antes indicado, el embrión presenta los signos de humanidad, a los que debe ser remitida la regla del art. 51 del Código Civil, según los actuales conocimientos biomédicos, hallándose el ser humano así concebido en proceso de desarrollo, conforme su propio plan. Desde el punto de vista jurídico, la noción de persona es inescindible de su soporte natural y biológico, que es el ser humano...el embrión es un ser humano en desarrollo, tal como puede serlo la persona por nacer y un infante y no una persona en potencia. En el campo del derecho no resulta admisible distinguir entre pre-embriones y embriones, si se equipara el comienzo de la vida humana con la noción de persona. Al ser humano en desarrollo desde su etapa embrionaria le corresponden todas las protecciones y derechos que hacen a su dignidad como tal.

La CSJN realiza un análisis del art. 51 CC y su fuente del derecho romano diciendo que:

...semejante interpretación justifica las críticas efectuadas al art. 51 por la “forma pueril” con que el codificador alude allí al hombre (conf. Llambías, obra y lugar citados); por lo demás, es deficiente desde el punto de vista lógico porque opera por exclusión sobre las excepciones en lugar de hacerlo por definición sobre los principios; dicho de otro modo, hace depender la distinción de casos excepcionales mas no de los supuestos generales que se presentan a diario. En suma, no se sabe qué es un “monstrum” ni lo que es un “prodigium”, pero lo peor de todo es que no se sabe lo que es una persona

¹⁰ XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Año 2003. Rosario. Argentina

pues, lo único cierto es que “Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana” (nota al art. 70 antes referido, última parte)¹¹

Y en base a esa interpretación se concluye que es tarea de la jurisprudencia adecuar las normas civiles del codificador a la realidad evolucionada y por ello tiene dicho que:

Probada la ineficacia de la hermenéutica examinada, y dado que el derecho es una idea práctica que se nutre de la realidad es preciso acudir a las ciencias que estudian la realidad biológica humana, esto es, la genética, para establecer cuáles son “los rasgos característicos de humanidad” aludidos en la disposición que se procura inteligir...De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo “característico” e irreductible de humanidad en los términos de la ley (art. 51, Código Civil).¹²

De la interpretación de la Corte se infiere que persona humana-física del Código de Vélez, es el ser humano portador de A.D.N. o genoma humano y por lo tanto su derecho a la vida merece protección.

No podría ser otra la interpretación jurisprudencial siguiendo los lineamientos del derecho natural y la inevitable evolución del derecho. Como se propino anteriormente el Código Civil resulto al momento de la aparición de las TRHA una legislación vacía que se mantiene aún en ciertos aspectos.

Lo que se extrae de las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales es que más allá de las críticas que puedan hacerse al respecto de los términos utilizados por el codificador para la definición de persona humana, la intención del mismo fue distinguir la persona física de la jurídica más que preocuparse por establecer cuáles eran esos signos característicos de humanidad los cuales tuvo que buscar la jurisprudencia en la ciencia médica a fin de resolver semejante cuestión.

1.2.1 La expresión “seno materno” del Código Civil

¹¹ CSJN. “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Fallos: 324:5. (2001)

¹² *Ibíd.*

Señala con precisa argumentación Rabinovich-Berkman (2005) que “en las últimas décadas del siglo XX, al aparecer las técnicas de fecundación extracorpórea, no faltaron los juristas que se plantearon si acaso el circunstancial de lugar "en el seno materno", reiteradamente empleado en el Código Civil, implicaba negar la personalidad, esto es, la titularidad de derechos a los embriones y ovocitos pronucleados no implantados en una mujer. Se trata de una interpretación farisaica, ceñida a la letra de los preceptos, pero desvinculada de toda consideración histórica y de contexto.

La fórmula en cuestión es tradicional, y deriva de la expresión latina *qui in utero est* (“el que está en el útero”), muy empleada en las fuentes clásicas romanas”.

Seno materno no es definido por el codificador pero en la nota del art 63 expresa que “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”. No caben dudas de que se entendía en la época por los vocablos seno materno, pero al advenimiento de las TRHA produjo el vacío legal y ante ello la jurisprudencia entendió que:

(...) Es que el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía en mérito de lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal. (Conf. Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General"; tomo I, cuarta edición actualizada; ed. Lexis Nexis Abeledo – Perrot; pág. 408). (...) Se impone, una interpretación del elemento gramatical —humanista y finalista— acorde con la evolución de los avances científicos, y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (Arg. Art. 63, 70, 72, 75 Cód. 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 germinales¹³

Otra vez se desprende de la letra del codificador la fuente romana. Una confusa literalidad pero una línea de pensamiento delineada. La protección de la vida se encuentra a través de todo el articulado del CC y la CSJN así lo entiende

¹³ CNACivil. Sala J. P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias Causa 94282-2008 (2011)

desde siempre. Según ella, sería una manifiesta discriminación tratar en forma diversa jurídicamente a quienes no hayan sido concebidos en el seno materno.

El planteo de la determinación del momento de concepción empieza desde la aparición de las TRHA a ser una preocupación constante en doctrina y más en jurisprudencia. Se presentan los casos más controvertidos y sensibles donde el problema jurídico siempre recae en determinar ese momento, porque es a partir de allí donde la tutela de la vida tiene un camino sin retroceso.

2. Persona Humana: Art. 19 del Código Civil y Comercial.

Al haber analizado la evolución del concepto de persona en nuestro derecho y determinando a partir de cuándo se presenta el problema aquí investigado, se puede observar el concepto actual que haya sido gestado a partir de la última reforma constitucional y los antecedentes jurisprudenciales.

La persona humana encuentra amparo de sus derechos personalísimos en la Constitución Nacional (en adelante C.N.) y en las Convenciones de DD.HH, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), denominada también Pacto de San José de Costa Rica que fueron introducidas a la constitución con la reforma del año 1994. Dichos instrumentos internacionales adquieren jerarquía constitucional lo que significa que son automáticamente aplicativos por los jueces argentinos¹⁴.

El derecho a la vida se categoriza como un derecho personalísimo no enumerado en el art. 33 de la CN. Se trata de un derecho constitucional fundante y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos (Sagües, 2007) y la Corte Suprema lo consideró como el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes”¹⁵

El art 19 de la CCyC prescribe que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Se aprecia la generalidad con que el nuevo cuerpo civil establece el comienzo de la existencia de las personas humanas pero no

¹⁴ Art. 75. Inc. 22 Constitución Nacional. Reformada por última vez en el año 1994 en base a la ley de necesidad de Reforma 24.309.

¹⁵ CSJN. “Saguir y Dib”. Fallos 302:1284. (1980)

define a la misma ni tampoco hace lo respectivo con el término concepción. Por ello se hizo preciso en esta investigación, intentar precisar ambos conceptos. Sin esas previas nociones es casi imposible realizar una interpretación del art. 19.

Sin entender porque el legislador dejó ese vacío legal, la jurisprudencia no puede esperar a que una reforma solucione los problemas graves suscitados en la sociedad. Las sociedades evolucionan y desconocer esas evoluciones diciendo que el CCyCN no las comprende sería injusto y anti natural. En este sentido, se destaca la sentencia del año 1999 expedida por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, ante un amparo interpuesto por el Dr. Rabinovich, con el fin de brindar tutela jurídica a los embriones congelados no implantados. Sostuvieron que:

Como quedó dicho en el apartado VII de la presente, en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, física y psíquica¹⁶

Nuevamente se pone de manifiesto y de forma completa la consideración de la persona humana, digna, que existe desde la concepción, fuera o dentro del seno materno con la lógica consecuencia de la tutela de la vida. Se observa cómo se considera a la persona ya como un ser integrado de materia (física) y espíritu. Consideración que fue olvidada por Vélez Sarsfield como se apeló anteriormente.

Si comparamos la disposición del art. 19 con la codificación de Vélez Sarsfield el resultado no varía en lo esencial: el concebido por la naturaleza de un acto sexual es persona humana desde ese mismo acto. Se mantiene la doctrina marcada por el codificador, agregándole al término persona, la calidad de “humana”. Pero al existir regulación de las TRHA y admitirlas como tercer fuente de filiación nacen los interrogantes más profundos acerca de la existencia de las personas.

¹⁶ CNACivil, Sala I “R., R. D. s/ Guarda de embriones congelados”. Voto de los Dres. Delfina Borda y Julio Ojeda Quintana.(1999)

El CCyC por un lado regula las TRHA con la finalidad de determinar la filiación de un nacido por esas técnicas, pero no regula la base más importante: determinar desde cuando existe la persona humana cuando se utiliza la técnica asistida, dejando así a la apreciación de la jurisprudencia un tema de tanta trascendencia.

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tuvo oportunidad de expresarse acerca de la distinción entre la concepción intra o extra uterina. En tal sentido, indicó que:

El tema traído a conocimiento de este Tribunal, por su importancia y trascendencia, exige referir que por lo general, los avances científicos y el dinamismo de la tecnología no siempre están acompañados de soluciones legislativas jurídicas. Es así que en relación a temas como el que nos ocupa existen vacíos legales que no obstante deben resolverse. A pesar de no ser tarea sencilla y de las aristas que la reproducción humana asistida presenta, el derecho no puede ignorar la realidad (...) En nuestro país no existe a la fecha una legislación específica sobre la fecundación "in vitro" ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre el número de embriones a implantar, su conservación o el destino de los mismos (...) Sin embargo, como dijésemos, la ausencia de legislación concreta y específica no puede constituir un obstáculo para alcanzar soluciones, las que se encuentran consagradas en los principios generales del Derecho, en nuestra Constitución Nacional y en nuestro ordenamiento jurídico positivo...¹⁷

El fallo data del año 2011, previo a la reforma del Código Civil donde ya el vacío legal se hacía presente y la jurisprudencia es contundente en precisar que la solución se halla en los principios generales del Derecho, en la CN y en el ordenamiento jurídico positivo. Se destacaba que el derecho no puede ignorar la realidad, cosa que el legislador pareció olvidar al redactar el art. 19 CCyCN.

Es interesante la interpretación de Laffairriere (2014) que coincide con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria:

La modificación del artículo 19 tiene que ser leída a la luz de la actual redacción del artículo 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield que se refiere al comienzo de la existencia de la persona desde la concepción en el seno

¹⁷ C.N.A. Civil, Sala J, "P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias" (2011).

materno. Por tanto, al haberse quitado la expresión "en el seno materno", el lugar donde se produce la concepción resulta irrelevante, como ya lo había señalado importante doctrina y jurisprudencia

“Una persona tiene derecho a ser tratada como fin y no solo como medio porque se reconoce en ella un valor tal que los otros deben aceptar si quieren, a su vez, comportarse como agentes morales” (Villorio, 1997, p. 303)

2.1. Concepción: Breves nociones

La idea que la concepción es el acto que procrea a un ser es muy antigua y está claramente definida en los Diccionarios de la Academia de la Lengua en el siglo XVIII.

Las definiciones anglosajonas más recientes definen la concepción en tres acepciones biológicas: 1) Acto de estar preñada 2) Formación de un cigoto viable y 3) Estado de ser concebido. Por tanto la idea no biológica de la concepción de un ser humano esta directa e inequívocamente relacionada con el comienzo de su vida. La concepción es un acto, un momento, donde se efectiviza un proceso biológico denominado fecundación. La fecundación se define como la fertilización de un ovulo mediante un espermio. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino.” (Cruz-Cocke, V51.N 2).

Brindar un concepto de concepción se hace en esta investigación algo enervoso. No obstante el intento es más que válido y se debe diferenciar en principio el concepto científico-biológico del jurídico, que no se encuentra definido por el legislador.

La lógica del derecho natural hace pensar a simple noción y percepción que la unión de gametos sexuales es concepción y que eso significa sin lugar a dudas que hay vida, sin importar si la unión tuvo lugar en el seno materno o fuera de él. Cuando el espermatozoide penetra el óvulo, comienza la existencia de la persona humana.

Desde ese punto de partida, en tiempos de la codificación no existían problemas jurídicos respecto a que se entendía por concepción. El hecho biológico coincidía con las palabras de Vélez Sarsfield insertas en el Código. La persona humana existe desde que hay uniones de gametos dentro del seno materno. Con

respecto a ello dice Quintana (1995) que “comienza su desarrollo en un proceso gradual, autónomo, irreversible, caracterizado principalmente por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funciona”.

Como se anticipó, para el codificador no hay discusión al respecto. Se es persona desde la concepción en el seno materno (art. 70 C.C.) con prescindencia de que los nacidos con vida no tengan probabilidades de continuarla (art. 72 C.C.)

Con la aparición de las TRHA el mundo médico-científico y el jurídico se vieron alterados. El primero porque la tecnología se empezaba a utilizar para el acto más humano de todos: la procreación con todos sus aspectos positivos y negativos; y el segundo porque el Código de Vélez Sarsfield resultaba obsoleto creándose por ello un vacío legal que afectaba lo esencial: la dignidad misma.

Queda claro que la concepción tanto en su concepto biológico como jurídico, es un momento en que se lleva a cabo unión de gametos. Podemos precisar que para la ciencia a partir de ese momento hay vida.

De acuerdo a un estricto análisis biológico determinista, el comienzo de la vida humana se remonta exactamente a la fecundación y toda la existencia humana desde las primeras divisiones celulares del cigoto hasta la extrema vejez, no es más que un desarrollo y ampliación del tema primitivo. Naturalmente que este formato o molde genético del individuo permite una amplia libertad individual para actuar en la vida al amparo del libre albedrío. El determinismo genético está limitado a lo estrictamente necesario para desarrollar y mantener la individualidad e identidad de cada ser humano. (Cruz-Cocke, V51.N 2).

Sin embargo para el derecho nacional, para nuestra legislación civil ese momento no está determinado, y la reforma de la legislación solo trajo mayores incertidumbres. El vacío legal que ya provocaba la evolución de la ciencia y la falta de legislación no fue contemplado por la reforma del CC.

Sin adelantarnos a lo que expresa el nuevo cuerpo civil, solo se dejara en claro que en el juego de terminologías médico-genéticas y jurídicas, se encuentra en su máxima incertidumbre la determinación del comienzo de la existencia de la

persona humana. Por lo tanto se puede concluir hasta aquí que la personalidad, la dignidad y la vida misma, ante el vacío legal de la legislación nacional, son cuestiones que quedan a la interpretación jurisprudencial.

La justicia del Superior Tribunal de Justicia de Mendoza tiene dicho claramente que

...de permitirse el avance de la pretensión perseguida en autos, habrá afectación severa de la vida humana digna de su preventiva protección, sobre todo frente a experimentos y tratamientos que implican su seguro sometimiento a ensayos experimentales y a su eventual 'descarte'. Está probado que en el embrión hay vida, que es indudablemente humana, que posee su propia identidad de ADN, que -precisamente- por causa de esa individualidad es que se fecundarán no menos de quince óvulos distintos para obtener otros tantos embriones para detectar cuál ofrece mejores condiciones de acuerdo a un criterio médico que es -aun cuando fuera lo más serio y estudiado- coyuntural y variable, para proceder a la eliminación de los que según ese mismo estudio resulten inaptos o sin un destino seguro y preciso para los aptos cuando fueran más de aquellos que se desea implantar¹⁸.

La concepción es así un acto de procreación que la jurisprudencia nacional lo ubica en la fecundación: unión de gametos sexuales. Y se trata de que, en el embrión hay vida, y si hay vida, hay persona humana y requiere de tutela jurídica. Sin embargo esta tesitura no es la que defiende otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia internacional que consideran a la concepción como un acto de anidación y así requieren del seno materno para reconocer la personalidad.

Si bien será tema desarrollado en otros capítulos, las teorías que dan solución a la determinación del momento de concepción según que se entienda de ella se pueden sintetizar extremadamente en dos: La concepción como fecundación y así podría ocurrir dentro o fuera del seno materno; y concepción como anidación o implantación lo que equivale descartar la concepción fuera del seno materno y por ello desechar la vida fuera del mismo.

¹⁸ SCJM. “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Acción de Amparo P/ Apelación s/ INC.”. Causa n° 110.803. (2014)

Conclusiones Parciales

El vocablo “persona” en su significación jurídica fue evolucionando en el derecho argentino siguiendo siempre una línea humanística. Si bien el Código Civil Argentino contenía algunos vestigios del derecho romano, la tutela de la vida estuvo presente siempre en el pensamiento del codificador.

Persona física requería, bajo la legislación anterior, la irrazonable exigencia de los signos característicos de humanidad, olvidando allí el codificador que la persona se integra de cuerpo y espíritu y que la dignidad no exige otra cosa que ser “ser humano”.

La expresión seno materno ha sido bien entendida y actualizada por la jurisprudencia. La aparición de las TRHA hace necesario precisar de qué se trata es hábitat embrionario y qué importancia tiene. Los magistrados son claros al aludir a que la expresión es utilizada por el codificador por una lógica de la evolución científica: en ese momento no había otra forma de reproducción que la unión de gametos en el seno materno.

Con el advenimiento de las técnicas de asistencia para la procreación, la jurisprudencia no dudo en interpretar que la concepción tiene lugar dentro o fuera del seno materno, porque realizar un tratamiento jurídico distinto sería una manifiesta discriminación y un desvalor por la vida y la persona que existe en el ADN o genoma humano fuera del seno de una mujer.

Persona humana es todo ser humano integrado de materia y espíritu, digno, que existe desde la concepción, entendida esta hasta el momento, como unión de gametos femenino y masculino.

Concepción es el acto de reproducción sexual. La jurisprudencia y doctrina mayoritaria argentina entiende que ese momento es la fecundación y otro sector requiere de la anidación en el seno materno para reconocer personalidad y tutela jurídica al embrión.

Capítulo 2: Técnicas de reproducción humana asistida: El vacío legal y sus efectos jurídicos

Introducción

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida hacen su aparición en entre los años 80 y 90 en la Argentina. En ese momento en el ordenamiento jurídico del país no existía normativa al respecto y el CC no contenía referencia alguna de ellas.

El vacío legal que fuera encontrado por la jurisprudencia ante casos llevados a sus magistrados provocó que el legislador considerara la reglamentación de su utilización. En el año 2013 se regula la Ley 26.862 que no brindó solución alguna a los reclamos jurídicos. Su objetivo fue garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, regulando la cobertura médica, dejando de lado el aspecto profundo del hecho de la procreación fuera del seno materno.

La reforma del CC por la Ley 26.994 incorpora el régimen legal de las TRHA para regir lo relativo a la filiación, su determinación y los aspectos formales a tener en cuenta en la utilización de la asistencia. Nuevamente queda el vacío legal respecto al fondo de la cuestión: la determinación del momento de concepción cuando se utiliza TRHA.

Ello se infiere del art. 19 CCyCN analizado y de la reglamentación del mismo cuerpo legal en el Libro II, Título V, Capítulo II. La metodología del código indica que la intención del legislador fue regular solo lo referente a la filiación bajo el epígrafe: “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”.

No puede dejarse sin analizar la Convención sobre los derechos del Niño y la Ley 26.061 ya que las mismas son el fundamento tomado por la jurisprudencia nacional al momento de determinar la existencia de la persona humana y la tutela jurídica correspondiente.

1. Concepto de TRHA y modalidades utilizadas

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) pueden ser definidas como aquellas técnicas y procedimientos médico-científicos utilizados con el fin de lograr un embarazo.

La ley 26.862 las define como “...procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”¹⁹. Se desprende de la misma ley que el concepto no es ontológicamente jurídico sino que tiene su raíz en la ciencia médica. Aizenberg (2012) en ese sentido dice que “se entiende por fertilización o reproducción humana asistida el conjunto de técnicas que se utilizaban en el ámbito de la medicina reproductiva, para intentar la fecundación de un óvulo y un espermatozoide”.

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la crio-preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.

Estas técnicas surgen con el fin de dar solución a la infertilidad de las personas de ambos sexos. Desde siempre fue una gran decepción el saber de la posibilidad de no poder tener hijos, no poder procrear y extender la familia. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de espermatozoides), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. (Brugo-Olmedo, Chillik, Kopelman, 2003)

En la Argentina estas técnicas de reproducción extrauterina tuvieron su apogeo en los años 90. Desde allí a la actualidad su utilización ha ido en crecimiento por grandes motivos: el primero y más importante, la infertilidad ya sea del hombre o la mujer. En segundo lugar las personas del mismo sexo que desean formar una familia.

¹⁹ Artículo. 2. Ley 26.862 Reproducción Médicamente Asistida. (B.O. 25/06/2013)

En el año 2013 se sanciona la ley de reproducción medicamente asistida (of. cit. pág. 4) que con poca técnica legislativa y pobreza de contenido no dio solución a los graves problemas presentados en la jurisprudencia.

Hasta el año 1994 en que inicia su plena operatividad el Pacto de San José de Costa Rica²⁰, hubo un vacío total en el ordenamiento jurídico argentino respecto a las TRHA. Si bien el mismo no abarca la regulación precisa, introduce un cambio sustancial en la determinación de la concepción, respecto a los obsoletos y antiguos conceptos de Vélez Sarsfield.

El Pacto indica en su art. 1 que la vida humana principia desde la concepción sin la condición de que la misma se lleve a cabo en el seno materno, por lo cual si el embrión es logrado por vía artificial in vitro debe ser protegido jurídicamente como vida humana. Vemos como desde los lineamientos de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos la vida se protege siempre sin importar el embrión tuvo desarrollo fuera o dentro del vientre de la mujer.

Bidart Campos, Adorno y Hoolft plantearon que el embrión constituye una realidad diferente a la de sus progenitores, y que su vida merece tutela y el rechazo de su eliminación, manipulación genética, venta, etc. (citado en Sagües, 2007. pág. 649).

Nuestro país carece de una ley sobre fecundación artificial. Se trata de un tema que ciertamente excede al Código Civil. Entre otros, cuando se debate esta cuestión los países consideran los temas vinculados con la autorización de las técnicas, su carácter de último recurso, sus beneficiarios, qué 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 situación de los embriones crioconservados al momento de la sanción, las normas administrativas sobre la autoridad de aplicación, las sanciones, las nuevas figuras penales, etc. (Lafferriere, 2012).

Con la entrada en vigencia del CCyCN la situación se ha agravado, sin que se brinde un concepto de persona humana ni tampoco de concepción. La

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos sancionada el 7/11/1969 y aprobada por ley 23.054 el 01/03/0984. Adquiere jerarquía constitucional en el año 1994

interpretación queda abierta a la decisión de la jurisprudencia. Y siendo así se complica aún más porque el criterio de los magistrados no es unificado a nivel nacional. Pararnos a contemplar la jurisprudencia internacional tampoco resuelve favorablemente la cuestión.

Se puede inferir que si bien se mejora la redacción del Código Civil a nivel conceptual, la legislación no incluye regulación que aporte nada ni jurídica ni humanamente a solucionar los graves inconvenientes doctrinarios y jurisprudenciales que existen.

El proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 preveía una doble regulación específicamente diferenciada para el inicio de la personalidad, según el modo como una persona hubiera sido concebida: los concebidos en forma natural, gozarían de ese derecho desde su concepción; quienes lo hayan sido por procreación artificial, deberían haber sido implantados para gozar de concepción. El proyecto expresaba que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”²¹

Esa redacción no se hizo realidad. De haber sido sancionada así la norma caería al vacío la doctrina elaborada en defensa de la concepción-fecundación, fuera o dentro del seno materno, la defensa de los embriones crioconservados, la protección de la vida de los ovocitos y cualquier otro tipo de denominación que pueda ser utilizada en el futuro para la vida en potencia generada en un laboratorio.

Con la redacción actual, nuevamente nos enfrentamos como ya decía Rabinovich-Berkman (2005), al gran desafío de encontrar una solución legal satisfactoria que cubra este enorme vacío en la legislación civil.

A la vez la cláusula transitoria segunda del CCyCN. establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Y así, la persona humana, su naturaleza y su protección jurídica quedan en un vacío jurídico que

²¹ Art. 19 original del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012

debe ser llenado a través de la interpretación del juez, quedando los derechos personalísimos altamente vulnerados.

Lo cierto es que las cifras son alarmantes. Se habla de 15.000 embriones congelados en nuestro país. En realidad esa cifra corresponde a datos de solo 7 centros de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2007 y seguramente la cantidad es mucho mayor, si consideramos que no hay órganos de control efectivos con competencia designada por ley de ningún tipo en esta materia.²²

Las formas o modalidades que presenta las TRHA son variadas y tienen distintos niveles de complejidad. Las más utilizadas son: la inseminación intrauterina (IIU) que algunos no la consideran técnica de asistencia, la fertilización in vitro (FIV) que es la más utilizada, la transferencia de gametos en las trompas (GIFT) o de embriones (ZIFT), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI).

La IIU es una técnica de menor complejidad donde el semen del varón (previamente tratado en el laboratorio para enriquecerlo) es inoculado directamente en el cuerpo del útero con una cánula. La FIV se considera de alta complejidad y como noción se puede expresar que los óvulos aspirados del ovario son enfrentados a espermatozoides en el laboratorio. El embrión resultante es colocado en el útero de la mujer previamente estimulado con hormonas. En la GIFT los óvulos son aspirados del ovario para luego ser enfrentados a los espermatozoides. Inmediatamente después son inyectados en la trompa de Falopio, lugar en que se produce la fecundación y la diferencia con la ZIFT es que la fecundación es en el laboratorio y los embriones son inyectados posteriormente en la trompa de Falopio.²³ La más moderna es la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI).

El sometimiento a alguno de los tratamientos mencionados abre paso a las consideraciones no solo jurídica sino también biológica, religiosa, ética y filosófica de saber con precisión desde cuando existe la persona humana.

²² Publicación de Centro de Bioética Persona y Familia. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/2012/09/2231/> el 14/05/2017.

²³ Dra. María Teresa Nievas Especialista en Medicina Reproductiva. Directora del Programa de Genética Reproductiva del Nascentis Especialistas en fertilidad. Córdoba. Argentina. Recuperado el 26/08/2017 de http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida.

Persona física es una realidad biológica, que el derecho convierte en un centro de imputación normativa. Para ello, debe determinar un punto concreto en el que se ubica el comienzo de su existencia. Desde el punto de vista biológico, la formación de una persona es un fenómeno ininterrumpido que se efectúa desde la fecundación hasta el parto y posteriormente en transiciones apenas perceptibles. Considerar que hay “persona” es jurídicamente una técnica de protección, pero puede haber otras. De tal manera, el debate no es sobre la persona sino sobre la protección. En este plano entran en juego no sólo el concepto de la persona, sino los diferentes tipos de bienes, su dignidad, los efectos que producen su afectación, y la colisión con otros derechos de igual, mayor o menor valía. (Dorín y Giacchetta, 2012, p. 7)

De allí la gran importancia que adquiere que la legislación civil, no solo establezca que la persona existe desde la concepción sino establecer que se entiende por ésta última. Son un sinnúmero de opiniones medicas al respecto de demostrar desde cuando hay vida. Sin embargo la cuestión no gira en saber desde cuando hay vida humana sino desde cuando existe la persona humana a los fines del derecho y por ende de su protección jurídica.

2. Efectos jurídicos principales: Nociones

Las estadísticas realizadas por el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires junto al Instituto Ambrosio L. Gioja, obtuvo como resultado que entre el primer semestre del año 2009 y el mismo período del 2010, la presentación de amparos cuyo objeto era la procreación asistida, aumentó un 20%. La provisión del tratamiento fue ordenada en un 40% de los casos, ya sea en forma integral (78%) o parcial (22%). Las sentencias dictadas en el año 2009 rechazaron en promedio el 63% de los amparos presentados, mientras que dicho porcentaje llegó a un 50% en el 2010. (Aizenberg, 2012)

Siguiendo entonces una interpretación hermenéutica de la legislación actual argentina, la persona por nacer que fue concebida por naturaleza, adquiere aptitud de derechos, personalidad y su vida y dignidad se encuentra plenamente protegida. El concebido por TRHA abre paso al desarrollo de las teorías de la

concepción que se vienen gestando y aplicando en la jurisprudencia tanto argentina como internacionales.

Haciendo una brillante interpretación del Proyecto de Código Civil y Comercial, Lafferriere (2012), sostenía ya, que se ignoran en la regulación civil las objeciones de fondo jurídicas éticas de las que son pasibles las TRHA, a saber:

a) Las técnicas introducen una lógica productiva en la transmisión de la vida humana. Se disocia la sexualidad natural y la procreación y la nueva vida no es el resultado de la donación mutua de los esposos, sino de un acto técnico sometido a parámetros mensurables y a diversas formas de control.

b) Las técnicas afectan el derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, por tres vías: 1. por su eliminación deliberada; 2. por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo; y 3. por los riesgos intrínsecos de la crio-conservación de embriones.

c) Las técnicas afectan el derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas.

d) La técnica extracorpórea violenta el derecho a la igualdad, en la selección de los embriones que serán transferidos.

Por todo ello el CCyCN ha diseñado un concepto de persona que no tuvo en cuenta al ser humano mismo, sino, a la intención de legitimar una práctica biogenético-médica que no tendrá cese e ira avanzando a medida que la ciencia mejore los métodos en los procedimientos. Deja a la suerte del dictado de una ley especial el status jurídico de los embriones sobrantes y por ende la tutela jurídica de la persona humana.

Esos efectos enunciados por Lafferriere dependerán sin lugar a dudas de cómo se considere a la concepción. No se puede hablar de derecho a la vida, del niño, de identidad, si no se determina primeramente desde cuando existe la persona humana.

3. Regulación en la Ley especial 26.862

En el año 2013 se regula a las TRHA solo a los fines del aspecto de cobertura médica. La ley 26.862 define a las TRHA expresando: “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con

asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”.²⁴

En general la ley establece la obligatoriedad de las obras sociales para la cobertura de los tratamientos, incluidos los de alta complejidad. Quedan incluidos en el programa médico obligatorio (PMO) el tratamiento, el diagnóstico, la medicación y las terapias de apoyo²⁵

La ley de reproducción medicamente asistida es de orden público y el ámbito de aplicación es todo el territorio argentino.

Cabe recordar que la ley fue sancionada en consonancia con las obligaciones que se derivan de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo (y otros) vs. Costa Rica”. Su escasa regulación deja sin resolver la cuestión de fondo.

Así lo pone de relieve Puccinelli (2013, pto. 3) relatando que:

Como puede observarse, se permiten las más variadas posibilidades de fecundación e implantación, sin otra limitación que la edad mínima de las personas que pretendan acceder (18 años) y se habilita sin mayores recaudos la criopreservación del material genético y de embriones, de modo que es el sector de la ley que mayores debates éticos genera y que por sus importantes implicancias reclama una ley complementaria, antes que una reglamentación administrativa, por la enorme trascendencia que tienen estas cuestiones, tal como lo han destacado algunos legisladores durante el trámite parlamentario y como surgía de otros de los proyectos presentados y evaluados por la Cámara, que incluyeron además cuestiones tales como la donación y criopreservación de gametos y embriones y la identidad y filiación.

Como expresa el autor citado, otros proyectos abarcaban cuestiones como la identidad y la filiación que no fueron tratados en la ley sancionada. En el debate parlamentario, sigue relatando Puccinelli (2013) hubo opiniones que literalmente argumentaban: “Se pone en el centro a la persona con todos sus derechos, y no a los aspectos económicos, y se derrotan muchos principios oscurantistas que, en

²⁴ Artículo 2. Ley 26.862

²⁵ Artículo 8. Ley 26.862

una especie de fetichismo dogmático, utilizan la cuestión genética para tratar de negar el derecho de ciertas personas a dar vida” (diputada Ferreyra).

Se observa como sin fundamento jurídico alguno se pone a la persona como centro de interés en esta legislación, cuando lejos está de considerar a la persona humana del concebido por un tratamiento de TRHA. Una cosa es proteger los derechos de las personas a la procreación y otro muy distinto es proteger la vida y persona del embrión.

La justificación de los legisladores de no regular las cuestiones aludidas fue que las mismas serían tratadas en la reforma del Código Civil. Cuan equivocados estaban, que hoy la realidad demuestra que lo único que abordó la reforma fue a la regulación de la filiación por TRHA como se verá a continuación.

Lo cierto es que la mayoría de los temas pendientes, por su relevancia, debieran ser tratados por una ley en sentido formal, especialmente por tratarse de restricciones a derechos fundamentales, pero en el debate parlamentario primó la expectativa en la reglamentación que de ella hiciera el Poder Ejecutivo (para la cual se otorgará un plazo de noventa días), y en las reformas proyectadas al Código Civil, que como fuera expresado supra, no solo no contienen en el texto presentado referencias puntuales a estos aspectos, sino que, al contrario, difieren toda esta cuestión a una ley especial, y además, un proyecto integral de reformas a dicho Código, por su amplitud, no parece ser el ámbito adecuado de discusión de temas tan delicados como los mencionados. (Puccinelli, 2013, pto VII)

4. Incorporación de las TRHA a la legislación civil. Ley 26.944 y su relación con el art. 19

El tratamiento de las TRHA en el CCyCN trajo aparejada el más complejo debate doctrinario y jurisprudencial y las más duras críticas. Son dos aspectos regulados en la reforma que no logran de ningún modo solucionar el grave conflicto de la personalidad ante la utilización de las TRHA. Por un lado una regulación de éstas últimas que solo soluciona los problemas con respecto a la determinación de la filiación del niño nacido de un tratamiento asistido y por otro lado el art. 19 del código que no define cual es el momento de la concepción.

El vacío legal podría haber sido superado por el legislador. Sin embargo, como se pudo observar, si se hubieran tomado las ideas del proyecto del año 2012, la solución hubiera sido totalmente antagónica a la postura jurisprudencial nacional actual.

La doctrina minoritaria que participa de las posturas que sostienen que la concepción equivale a la implantación argumentan que el art. 19 debe interpretarse “sistemáticamente” (Lamm, 2015) con el art. 20 que prescribe: “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”; con el art. 21 que dispone: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”. Y por último con el art. 561 que sostiene: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

De esa forma esta parte de la doctrina concluye que de ser la concepción equivalente a la fecundación la revocación del consentimiento se permitiría hasta la fecundación, y no hasta el implante. Y además la disposición transitoria segunda dice que la protección del embrión no implantado se reserva para una ley especial, lo que hace inferir que de ser la concepción equivalente a fecundación no se daría un tratamiento distinto al embrión no implantado.

Esta postura coincide con la ley 26862 que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Precisamente, si esta ley considerara que la persona existe a partir de la concepción entendida como fecundación no permitiría ninguna de esas acciones.

Se debe tener en cuenta además que el art. 19 tiene implicaciones y relación con otras leyes, que al no determinar para los casos de TRHA el momento de concepción, caen en el vacío y en el sin sentido, ya que las mismas precisan de la determinación aquel momento. Así, a modo de ejemplo

a) la ley 24.901 (1997) que establece el sistema de prestaciones para las personas con discapacidad y en su art. 14 afirma: "La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social".

b) El art. 9 de la ley 24.714 (1996) de Asignaciones Familiares que dispone: "La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonara desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo".

c) La ley 25.543 (2002) establece la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal, para dar posibilidad de tratamiento a la madre y a su "hijo por nacer" (art. 3).

Sigue siendo entonces una gran deuda legislativa la reforma del CCyCN o el dictado de una ley especial como lo requiere la disposición transitoria antes comentada.

5. Los derechos fundamentales comprometidos

Los derechos se estructuran con base en valores fundamentales como son la vida, la dignidad, la calidad de vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, estos valores son la fuente o la esencia para otorgar protección y seguridad al ser humano, los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos humanos, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

En este orden de ideas, encontramos entre los nuevos derechos: a) derecho a la integridad, a efecto de proteger la unicidad y esencia genética de todo individuo, impidiendo la manipulación genética germinal; b) derecho a conocer el propio origen biológico, facultando a toda persona cuando sus progenitores le son desconocidos, para poder iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo biológico; c) derecho a la intimidad genética, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre; d) derecho a saber o no saber, sustentado en la facultad para conocer o

desea ignorar los resultados obtenidos de una prueba genética. (Dorín N. y Giacchietta P, 2012)

Cuando la legislación civil no brinda solución alguna respecto a la determinación del momento de la concepción en los casos de utilización de TRHA, la lógica es que los derechos fundamentales se van en un peligro latente. De esa precisión depende de que un ordenamiento jurídico considere la existencia de la persona humana, le brinde tutela jurídica civil y penal y respete los principios constitucionales.

La Argentina es parte de las Convenciones de Derechos Humanos a las cuales se le otorgó jerarquía constitucional. Entre ellas se encuentran la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos que reglamentan diversos derechos fundamentales que no pueden quedar al desprecio de la legislación interna.

El embrión como sujeto de derecho es titular de un complejo conjunto de derechos: derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la salud, derecho a tener una familia, derecho a la identidad consagrado en la Convención de los derechos del Niño e incorporado a nuestra Constitución en el artículo 71.2.

La identidad comienza con la concepción y se extiende durante toda la vida. La identidad comprende tres aspectos: identidad referida a la realidad biológica; identidad referida a los caracteres físicos; e identidad en la realidad existencial.

La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 4°, establece "que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...".

Dentro de la legislación nacional se encuentra La ley 26.061²⁶ fue promulgada el 21 Octubre de 2005 en su artículo 8 establece el derecho de la vida y su protección, por lo cual resulta fundamental determinar la concepción. Y el

²⁶ Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

artículo 9 prescribe que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo”

La ley 26.061(Adla, LXV-E, 4635) de protección integral de los menores sostiene en el art 1 que es objeto de esta ley la “protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”, mientras que en el art 8 que da comienzo al título sobre principio, derechos y garantías establece el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida²⁷

La Cámara Nacional de Apelaciones ha utilizado estos fundamentos para defender el derecho a la vida de los embriones que se mantuvieran criopreservados, producto de un tratamiento de TRHA. De esta forma, se parte de la base, de que los embriones son sujeto de derecho y no objetos de derecho. Cabe aclarar que el fallo es anterior de la entrada en vigencia de la Ley 26.862 y al fallo “Artavia Murillo y otros” del 28 de noviembre del 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La actora inicia una medida cautelar de protección *de la persona* en beneficio de los embriones conservados. (El destacado me pertenece)

La Cámara sostiene que la concepción sucede dentro o fuera del seno materno, al contemplar una cautelar por la protección de la vida de un embrión que todavía no ha sido implantado.

De esa manera se reconoce que a partir de ese momento el sujeto de derecho, embrión, persona adquiere todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico argentino.

Conclusiones Parciales

Las TRHA se encuentran deficientemente reguladas en el CCyCN y presenta un panorama alarmante que la doctrina nacional y la jurisprudencia intentan solucionar a través de la interpretación y aplicación de las teorías que se

²⁷ CNAC “Sala J. P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias” (2011).

expondrán en el capítulo siguiente. Ello se debe a la difícil situación jurídica que se presenta luego de la reforma del CCyCN al realizar la interpretación del art. 19 y su relación con la regulación del as TRHA.

Las TRHA son reguladas en su aspecto biológico a través de las Ley 26.862 en el año 2013, que regula los aspectos de cobertura médica obligatoria para el tratamiento, la medicación, el diagnóstico y hasta el apoyo terapéutico y no obstante se desentiende de cuestiones de fondo como la filiación, la identidad, la protección de la vida del embrión bajo la justificación de que son situaciones que deben ser reguladas por el Código Civil y la reforma traería solución.

La reforma acaeció en el año 2014 y la ley entro a regir a partir de agosto del año 2015, sin lograr llenar el vacío legal respecto a la determinación del momento de concepción. Regula la filiación de los nacidos por TRHA y a través de su articulado trae a confusión sobre qué postura adoptar frente a la concepción: es fecundación o es implantación.

Lo penoso es que como resultado de ese vacío legal se ven afectados los derechos personalísimos del ser humano, sobre todo la dignidad humana que no podría nunca lograr ser respetada bajo la teoría de la implantación. Además la violación como estado parte de las Convenciones Internacionales de Derecho Humanos, más allá de que como se notará más adelante la misma CIDH toma decisiones contrarias a sus mismos principios.

Capítulo 3: Teorías sobre la determinación del momento de concepción

Introducción

Par dar respuestas al debate originado por el vacío legal sobre el que hemos hecho alusión continuamente durante el desarrollo de los capítulos anteriores, la doctrina ha elaborado distintas teorías que intentan determinar cuál es el momento de la concepción cuando se utilizan las TRHA.

Para fundamentar las argumentaciones de unas y otras los doctrinarios toman los conocimientos científicos especializados en la materia. La concepción es un hecho biológico que debe ser explicado por su propia ciencia. Sin embargo recordemos que el derecho le da a los hechos los efectos jurídicos.

La determinación del momento de concepción natural no está en discusión alguna. Sin embargo el problema se presenta en determinar jurídicamente cuando se da la concepción en los casos que se utilice una TRHA, porque el experimento y el tratamiento ocurren en el exterior del cuerpo de una mujer.

No se debe olvidar que es función de la ley civil determinar desde que momento existe la “persona” y por ello se presentan las diferentes teorías que se analizaran, siendo las más relevantes la teoría de la fecundación y la teoría de la implantación por ser ellas las tomadas del conocimiento científico para determinar jurídicamente el momento de concepción.

No se deben mezclar los conceptos naturales biológico con los jurídicos. Se sabe que concebir es engendrar un nuevo ser, es quedar embarazada una mujer. Sin embargo cuando se presentan las TRHA la ley debe especificar el momento en que ello ocurre. Y por ello no se puede negar que la ley pueda determinar que ese momento es cuando un embrión extracorpóreo se implanta en el seno materno (como lo hacía por ej. el proyecto de CCyCN 2012). Las consecuencias jurídicas de esa regulación es otra cuestión a valorar.

El problema, cuestión principal de este TFG es que el CCyCN no lo expresa y se limita a su acotado art. 19. Así las teorías mencionadas son las posibles soluciones actuales para dar fundamento a las decisiones que se toman en el caso concreto.

La jurisprudencia se encuentra con el escollo de rellenar el vacío legal aplicando las teorías más relevantes jurídicamente para así determinar el momento de concepción. Y ello no es cosa menor, toda vez que de esa determinación dependerá la vida del embrión.

1. Teorías de la concepción

Como se observó en el capítulo primero la concepción es en principio el acto de procreación. Desde el inicio de la especie humana ese acto fue producto de la naturaleza, de la fecundación de un ovulo de una mujer por el espermatozoide de un varón. Gallenti (2009, p. 6) explica las definiciones comunes no logran ser suficientes a los fines de elaborar teorías del momento de concepción, expresando que

...una primera consulta a nuestro diccionario en la entrada pertinente nos arroja como definición de aquella: “Acción y efecto de concebir”. Si recurrimos, a su vez, a la entrada para esta última voz, tendremos: “Quedar preñada la hembra”. En cuanto a saber qué quiere decir el lingüista por “preñada”, leemos por tal: “Dícese de la mujer, o de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en su vientre”; asimismo una cuarta acepción indica la preñez y el embarazo, y el tiempo que duran. De modo que las definiciones esbozadas resultan tautológicas toda vez que se remiten recíprocamente.

A ello se suma un sector de la doctrina, que ya posicionándose en una de las teorías a comentar, definen a la concepción desde la teoría misma. La Dra. Lamm (2015) en ese sentido sostiene que

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 persona 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.

En ese esquema de incertidumbre se presentan teorías que tienen como objeto determinar jurídicamente cuando ocurre la concepción. Determinar ese momento que encuentra un vacío legal en el derecho argentino y de allí es que, como se observó en el primer capítulo se derivan las consecuencias más negativas sobre los derechos fundamentales de las personas.

Para poder comprender las teorías de la determinación de la concepción se deben tener en cuenta tres cosas:

1. Se debe presentar un caso de TRHA
2. La legislación civil contiene un vacío legal respecto a la determinación del momento de la concepción
3. No es lo mismo: concepción, fertilización e implantación. Los tres son términos técnicamente distintos.

Además como lo analiza en forma sencilla Fornos (2007), se distinguen tres términos que es importante conocer para comprender mejor este tema. Ellos son:

- a) gameto es la célula germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo). El espermatozoide tiene como función fertilizar al óvulo o célula sexual femenina originada en el ovario;
- b) la fecundación se realiza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él;
- c) el producto de la concepción es el cigoto que, hasta los noventa días, que principia la vida fetal, se denomina embrión, el que tiene tres estadios: el mórulo, que termina hasta que se produce la segmentación celular; después aparece el periodo de la blástula o blastocito, que a los catorce días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los noventa días y entonces aparece la vida fetal, que termina hasta el nacimiento.

1.1. Teoría de la fecundación. Efectos

La más antigua de las teorías, por la misma naturaleza humana, es la teoría de la fecundación. También conocida como la teoría de la penetración del óvulo por el espermatozoide. El argumento principal de esta postura radica en afirmar y sostener que el ovocito fecundado, dando lugar a la célula diploide, en el transcurso normal de su desarrollo, conducirá a un ser humano.

La fecundación es el proceso biológico mediante el cual se unen el óvulo y el espermatozoide..., con la cual se inicia el desarrollo embrionario, es decir la vida de un nuevo individuo ...El ovocito es una célula muy grande, posee numerosísimas microvellosidades y su membrana plasmática está rodeada por la membrana pelúcida y las células foliculares de la corona radiante ... una vez que los espermatozoides capacitados establecen contacto con estas envolturas, deben atravesarlas a fin de llegar hasta la membrana plasmática del ovocito...La fecundación se inicia cuando no más de cien espermatozoides completamente diferenciados establecen contacto con las células foliculares que envuelven al ovocito. (Hib, 1999, p. 8)

De la fecundación entonces surge un nuevo ser, como persona separado de la persona de la madre, porque la fecundación como se vio puede ser realizada en laboratorio (in vitro) y así la misma se inicia y continua su desarrollo fuera del seno materno.

En el año 1993, ante la preocupación por la utilización excesiva de las TRHA se presenta un caso de mayor interés ante el vacío legal. El Dr. Rabinovich, Ricardo David demanda por medidas precautorias. El objetivo de la demanda era que la fecundación extrauterina debería limitarse a un máximo de tres óvulos, todos los cuales, una vez fertilizados, habrían de ser reimplantados en la madre, evitándose así la problemática de los sobrantes.

Más allá de las cuestiones de fondo resueltas en la casusa, lo que importa a los fines de este TFG es que el fallo la marcó un hito al haberse establecido “que en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica”²⁸

Ello abrió paso a la interpretación que pudiera realizar la CSJN mas adelante marcando el precedente de su inclinación hacia la teoría de la fecundación.

²⁸ CNAC. Sala I. Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias Expte 45882/93 (1999)

La CSJN ha establecido ya con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyCN que la concepción tiene lugar en el momento de la fecundación. Así ha establecido que:

...el comienzo de la vida humana "...tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en este momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación.(cons. 4°)²⁹

La Corte acudiendo a la opinión de los científicos especializados en la materia fundamenta la existencia de “un ser humano en estado embrionario” lo cual hace notar la existencia de la persona jurídicamente considerada con el merecimiento de protección jurídica. En esa línea continúa sosteniendo:

Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades..." (confr. Revista Palabra n° 173, Madrid, enero 1980). Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis v. DavisMary Sue", 1° de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, J.A. 12 de mayo de 1993, pág. 36). (Cons. 5°)

En el año 2002 ya se presentaban estas cuestiones tan sensibles a la CSJN y a pesar de las duras críticas referidas a los fundamentos de sus sentencias, siendo acusadas de ser falaces y de científicos más “religiosos” que científicos, como crítica, Lamm (2015), ha mantenido su postura en defensa de esta teoría.

²⁹ CSJN. "Portal de Belén -Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social. LL, 2002-B, 520. (2002)

Se suele citar la autoridad de Lacadena (1985, p. 12) en apoyo de tal tesis, quien sostuvo en varias oportunidades:

...al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, desde el instante mismo de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfirieran en el proceso, a partir del momento en que empieza a funcionar el primer gen en dicho cigoto, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto.

Y en esa misma línea argumentativa se encuentra Banchio que analiza la determinación del momento de concepción sosteniendo que:

A través del tránsito por dichas etapas biológicas el nasciturus alcanzará su propia unicidad (ser único e irreplicable) y unidad (ser uno) que le distinguirá de cualquier otro. La genética moderna confirma que desde la concepción, la vida resulta ser un proceso continuo, dentro del cual el concebido recorre diversos estadios de su evolución, como una realidad ontológica distinta a la de sus progenitores (1991)

Los autores coinciden en determinar que la fecundación, por más que haya sido producto de la utilización de una TRHA, determina el momento de la concepción y con ello el reconocimiento de un nuevo ser individual distinto a los progenitores. A esa nueva persona humana no se puede desproteger jurídicamente.

El efecto primero de considerar a la concepción como fecundación es otorgar un estatus jurídico al embrión, nuevo ser, nueva persona humana, nuevo “ser humano” en palabras de la Corte, con la consecuente tutela jurídica que tiene como primera premisa a respetar, el derecho a la vida consagrado en las Convenciones de Derechos Humanos de las cuales Argentina es parte.

La utilización de las TRHA no es una circunstancia que indique que se debe dar un tratamiento jurídico discriminatorio al embrión con vida extracorpórea. Él ya es un concebido y según el art. 19, CCyCN, ya existe la persona humana. “La vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado: el momento de la fecundación, y el

nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido” (Andruet h. 1988, p. 824)

Su status es entonces el de una realidad nueva, un ser ya concebido, sujeto de derechos, en cuanto existe jurídicamente dotado de la prerrogativa de conservar la vida. Por tal no puede ser susceptible de apropiación y de libre circulación. Posee derechos que deben ser resguardados jurídicamente. (Soriano, 2006, p. 18)

Modernamente se ha reconocido que, durante este proceso, el intercambio de material genético por parte de ambos pronúcleos es condición suficiente para dar constitución a un ser humano, esto es, una realidad sustantiva con su código genético único e individualizante, y que los futuros rasgos físicos y orgánicos acompañarán al individuo en su vida exterior en plenitud.

1.2. Teoría de la implantación. Efectos

Un sector minoritario pero prestigioso de la doctrina nacional es partidario en sostener que el comienzo de la personalidad humana sólo se verifica con la anidación, cuando el embrión se fija en la pared uterina. Esto sucede alrededor de catorce días después de la singamia (de allí que se suele llamar a esta postura “tesis del día 14”). Con ello, quedarían en estado jurídico de cosas (aún para el estricto sistema argentino) no sólo los ovocitos pronucleados, sino también los embriones extracorpóreos (pues no pueden “anidar” estando fuera del útero)

Mediante la teoría de la anidación, se arguye que en el instante en que el embrión humano se implanta en la pared interna del útero se produce un hito embriológico importante: la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién, en ese momento, puede considerarse que se da inicio a la existencia individualizada del ser humano.

Lamm (2015) asimila los términos concepción-embarazo- anidación expresando que “...en ambos supuestos, por naturaleza y por TRHA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo; y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero”. (Lamm, 2015).

Aquellos que sostienen esta tesis argumentan que el embrión, hasta el momento de la anidación, es un mero conjunto de células indiferenciadas que, a pesar de tener vida, la misma no es humana y, por consiguiente, no se está en presencia de un ser humano concreto, sino de una célula que tiene la potencialidad de devenir tal. En suma, quienes se enrolan en esta corriente de pensamiento explican que la concepción coincidiría con el inicio de la gravidez. Antes de esto, arguyen, el cigoto es un mero programa genético que solamente detenta el potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la especie humana.

La idea que predomina en esta teoría es la de la singularidad del ser, la individualidad. Para lograr ello se requiere la unicidad, que es ser único e irrepetible y la unidad que significa ser uno entero distinto de otro. (Loyarte, D., Rotonda, A. E. 1995). Esa certeza se adquiere solo en el momento de la anidación-implantación, ya que antes en la singamia, el cigoto es solo una célula que puede o no dividirse en una o más unidades.

En consecuencia, quienes sustentan esta teoría, alegan que ni la unicidad ni la unidad, y por ende la individualidad, del nuevo ser estarían presentes durante el desarrollo embrionario anterior a la terminación de la anidación (Messaglia de Bacigalupo, M. V, 2001, p. 25-28).

Es importante tener noción desde ya que ésta es la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos y que parte de la doctrina y jurisprudencia nacional defienden en el derecho interno.

2. Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central: Nociones

A los fines de no dejar sin mencionar otra postura, de entre todas las teorías elaboradas sobre la concepción se escogió la siguiente por su importante aporte al derecho:

Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central: Según esta tesis: la aparición de los rudimentos de lo que luego será la corteza cerebral, es decir la llamada línea primitiva, eje embrionario o surco neural, a partir del decimoquinto día de la evolución embrionaria, se está frente a un ser viviente, ya que recién allí el embrión presenta una pauta selectiva

particularmente humana, que luego le consentirá trasladar la información genética específica al sistema nervioso central, lo que constituye su verdadera instancia diferenciadora (Soto Lamadrid, 1990, p. 545)

Aquellos doctrinarios adeptos a esta postura sostienen que recién cuando el impulso cerebral es manifiesto, el individuo adquiere consciencia y puede decirse que existe la persona.

Conclusiones Parciales

Las teorías de la concepción hasta el momento son la única respuesta que se encuentra ante el vacío legislativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Las mismas tienen como objetivo determinar el momento preciso de la concepción y con ello definir el momento a partir del cual la persona existe y se le deben reconocer sus derechos naturales, fundamentales y sobre todo la protección de su vida

La teoría de la fecundación sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en Argentina establece que la unión de gametos femeninos y masculinos es el momento de concepción, ocurra ello dentro o fuera del seno materno. Por lo tanto cuando la unión sea provocada artificialmente en laboratorio a través de una TRHA habrá concepción a los fines del art. 19 del CCyCN.

Por otro lado y antagónicamente se encuentra la teoría de la implantación sostenida en el derecho comparado, para la cual recién en la anidación, luego de pasados 14 días de la unión de gametos, cuando el cigoto prende en el útero hay concepción a los fines del art. 19. Por ello ante un tratamiento de TRHA todo lo que suceda fuera del seno materno, fuera de la pared uterina no da lugar a la concepción ni a la persona humana.

Ambas teorías son válidas a los fines de encontrar una respuesta al silencio de la ley. Sin embargo se adelanta que teniendo en cuenta lo expresado en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y los fundamentos brindados por los tribunales nacionales no puede pretenderse dar un tratamiento distinto al embrión, a la persona, por el solo hecho de iniciar su ciclo vital fuera del seno materno.

Capítulo 4: Interpretación y criterios jurisprudenciales

Introducción

Como se pudo observar en el capítulo anterior las teorías de la fecundación y de la implantación son las grandes antagónicas al momento del debate sobre la determinación de la concepción en casos de TRHA.

Se jurisprudencia Argentina en los años 90 comienza a recorrer una serie de interpretaciones que requieren precisar los términos “concepción” “persona” “TRHA” ante el vacío legal y el obsoleto código civil vigente en el momento.

Una de las causas más controvertidas fue la iniciada por el Dr. Rabinovich, Ricardo y en lo que aquí importa, fue la causa en la cual se marcó el hito de donde luego se desprendieran las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Resulta que a la par de ello, en Costa Rica se trataba también la cuestión de la legislación de las TRHA y se dictó un decreto presidencial en el año 1995 que regulaba la reproducción asistida. Dicho decreto es tachado de inconstitucional por los motivos que se examinarán a continuación obteniendo como resultado la prohibición de la utilización de la TRHA en todo el país.

La situación llevo a que varias parejas con problemas de infertilidad soliciten ante la justicia la autorización para la procreación artificial. Y de ello surge el fallo Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica.

Es el precedente internacional más importante bajo análisis en este TFG, ya que el mismo establece la interpretación a favor de la teoría de la implantación, la cual resulta contraria a la doctrina y jurisprudencia argentina que aplican la teoría de la fecundación.

Ambos Tribunales se encuentran vinculados por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y así no solamente se encuentran constreñidos a la legislación convencional sino también a las resoluciones que adopte la CIDH. Por esa razón los tribunales argentinos deben aplicar los criterios del tribunal internacional. Sin embargo como se explicara en el presente capítulo, en ciertas circunstancias establecidas en el Pacto la Argentina no debe someterse a las decisiones de la CIDH.

Así sucede en con el fallo Artavia Murillo el cual, si bien la jurisprudencia nacional argentina se encuentra dividida, la mayoría de los tribunales no reconocen la obligatoriedad de aquel.

1. Interpretación de la jurisprudencia de Costa Rica

En Costa Rica se dictó el Decreto Presidencial N° 24029–S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida del 3 de febrero de 1995.

En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida:

- a) Se autoriza la reproducción asistida homóloga entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella.
- b) También se permite la reproducción asistida heteróloga en el matrimonio cuando aún con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo de 2000³⁰, con el voto disidente de dos magistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

- a) El Decreto No. 24029–S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que exige este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo.
- b) Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido.
- c) El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción.

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle”. Sentencia 2000-02306 del 15 de marzo de 2000.

- d) El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado.
- e) La aplicación de la técnica de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.
- f) En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos.
- g) Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones.
- h) Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse.

Para los jueces del Tribunal el comienzo de la vida humana se da en la concepción, y ésta se produce mediante la asociación de los gametos masculino y femenino. “El embrión humano –dice el fallo- es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación...” (conf. Pto. VIII).

También rechaza la posibilidad de diferenciar embrión de pre-embrión. “En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos (se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos) –expresa- no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida” (conf. pto. 4). (Nuestro país es también signatario de dicha Convención, vigente según ley 23.054).

Lo importante del presente fallo de inconstitucionalidad, a pesar de los lineamientos establecidos, es que abre camino a la presentación de muchas parejas que pretenden someterse a TRHA y en Costa Rica el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad tiene efecto erga omnes.

De ese modo se inició la causa que provoca el debate en nuestro derecho interno, ya que el contacto convencional por el Pacto de San José de Costa Rica

nos obliga a revisar y respetar no solo la legislación convencional la cual goza de jerarquía constitucional sino también los fallos de la CIDH bajo ciertos requisitos.

1.1 Fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Artavia Murillo

En el año 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CID), sometió a la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica.

La CID indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la fecundación in vitro (en adelante FIV) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, anteriormente analizada.

Cabe destacar, que no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Además Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional (Lamm, 2015)

Se trata de la causa abierta por Artavia Murillo quien demandó al Estado de Costa Rica ante la denegación de un tratamiento de fecundación in vitro.

En Artavia Murillo el conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida el que se encuentra “protegido, en general, a partir del momento de la concepción” y el art. 1.2 que dispone que “persona es todo ser humano”. Es decir, si es el embrión no implantado es una persona humana.

Se alegó que a los damnificados se les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

La Corte IDH realiza un análisis de conceptos desde la lengua científica. Así comprende que no se puede sostener términos como concepción sin analizar los términos persona y ser humano desde la terminología científica.

Se impone la idea siempre desde esa perspectiva científica, aun cuando la Corte sostenga que el concepto de concepción debe ser valorado desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, que la unión de gametos que se produce fuera del seno materno por técnicas de asistencia conlleva dos etapas complementarias y necesarias para el desarrollo embrionario. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.

La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (supra párr. 264)³¹.

En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.³²

Como consecuencia de esa interpretación el Art. 4 de la CADH³³ no puede aplicarse a ningún momento anterior a la concepción-implantación.

Para lograr esas conclusiones la misma Corte admite haber utilizado sistemas interpretativos distintos: sistemático e histórico, evolutivo, y aplica el principio de interpretación más favorable y objeto del fin del tratado.

De ese modo la Corte explica:

³¹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr.315

³² Corte IDH. "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c/Costa Rica (2012).

³³ Art.4 CADH: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente....

... En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.³⁴

Luego realiza el análisis de las teorías aquí ya explicadas y trae a criterio los informes periciales. El primero de ellos, el cual más llama la atención dice:

Una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero...La palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación comienza con la implantación del embrión...ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio”³⁵

Sobre la controversia respecto del momento en que comienza la vida humana, si bien la Corte coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida, afirma que:

... para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida

³⁴ CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 180

³⁵ CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 181

consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.³⁶

La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios.

Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental, y no absoluta, de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

Respecto al concepto de las TRHA la Corte expuso que:

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones...para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.³⁷

Sobre esas bases la Corte resolvió a favor de las FIV pero sin embargo considero por las razones expuestas precedentemente que el término utilizado por la Convención equivale a implantación o anidación.

³⁶ CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 185

³⁷

En respuesta a las palabras de la Comisión y la Corte, Costa Rica dijo: “...no es sólo una célula humana sino un nuevo ser humano”⁴⁹. Y citó la Declaración Universal de Derechos Humanos “protege al ser humano desde su inviolabilidad, la cual puede determinarse desde unión de óvulo y espermatozoide”³⁸. Es claro entonces que hay vida indefensa para el Estado que debe ser tutelada.

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general³⁹

La CIDH centro los argumentos del fallo en razón del interés de las personas que quieren un hijo, dejando de lado los derechos del mismo, por no reconocerles personalidad a los niños concebidos por FIV hasta su implantación, dando prioridad a la teoría de la anidación y atentando contra el sistema americano que procura el derecho a la vida en la misma Convención y omite considerar el principio universal *pro homine* y el *indubio pro vida*.

En ese sentido la Corte concluyó al respecto del análisis del término “concepción” 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. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es

³⁸ CIDH; “Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica”; sentencia 28 de nov de 2012. Pto 167

³⁹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 190

detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (*supra* párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación⁴⁰

Se debe tener en cuenta también que la Corte se extralimita al querer determinar una cuestión de fondo como el comienza la vida, cuestión que no correspondía al análisis. Y de allí la primer cuestión a plantear sobre su obligatoriedad.

1.2 Obligatoriedad de las resoluciones de la CIDH

Importa aquí en Argentina esa interpretación ya que nuestro país es parte en la CADH. Como parte se encuentra en principio a adoptar como obligatorias las sentencias de la CIDH, ya que es el órgano encargado de la interpretación del Pacto.

Con anterioridad al fallo comentado precedentemente, la Corte Suprema de Justicia había afirmado que las decisiones de la Corte Interamericana “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (artículo 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁴¹

Sin embargo y con fundamentos más destacados el Juzgado Federal de Salta sostiene:

En efecto la citada norma determina con exactitud los alcances de las resoluciones de la CIDH respecto de los países signatarios de la Convención, al disponer que “Los Estados partes en la Convención se comprometen a

⁴⁰ CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 187

⁴¹CSJN, “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” (cons. 6) (2004)

cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (el destacado me pertenece), de lo que, a contrario sensu se deduce que “no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes⁴²

Lo relevante de este fallo nacional es que viene a poner un poco de luz a toda esta situación que genera el hecho de que haya una actividad que tiene relevancia social y consecuencias jurídicas no reglamentadas; un fallo de la CIDH que es antagónico a la concepción de persona de nuestro ordenamiento y una ley que abre varias incógnitas.

Así lo entiende Maino (2016, p. 369) quien explica que La Corte es la última intérprete de la Convención y ello se desprende pacíficamente de la misma Convención. Naturalmente, esta interpretación es obligatoria, como lo es el fallo mismo, para el Estado que es condenado. Constituye cosa juzgada internacional y es directamente vinculante.

Contrariamente a ello Lamm (2015) sostiene que

La jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para cada juez de la República Argentina; el órgano jurisdiccional local, aun oficiosamente, debe realizar el test de convencionalidad y, en esa labor, debe atender a la interpretación que la Corte IDH hace de la Convención. En efecto, en el caso "Almonacid Arellano v. Chile", ese tribunal afirmó, enfáticamente, que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no solo la convención Americana de Derechos humanos sino también la interpretación que de ella hace ese tribunal por ser su intérprete final. Dicho criterio fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en jurisprudencia consolidada que invoca, además, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (Fallos 330:3248). La Corte Federal ha reiterado esta doctrina, entre otras sentencias, en “Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino” 15, al reafirmar el control de oficio de constitucionalidad de las normas con base en el deber del control de convencionalidad.

La refuta Rabbi Baldi Cabanillas (2013) a quien se siguió en los aspectos más profundos a analizar en esta investigación quien expresa:

⁴² “L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007 (2013)

Resulta indudable que el “compromiso” –en especial a nivel internacional, aunque conceptualmente no es diferente a nivel interno– está señalando que una sentencia de la Corte IDH no es papel mojado y que los Estados deben honrarla. Pero el “compromiso” no es equivalente a algo inexorable ya que nada excluye que una sentencia, aún internacional, resulte violatoria de “normas imperativas de derechos internacional general (ius cogens)”, como lo ha venido a precisar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) y, en rigor, lo dice nuestra Constitución desde 1853 (arts. 27 y 102 –actual 118–).

En el caso analizado lo correcto es tomar la jurisprudencia de la Corte como una orientación en la interpretación de la Convención. Desde esta perspectiva, los tribunales internos tienen la obligación de considerarla y analizarla, deben tomarla en serio, pero no seguirla de modo abstracto y lineal. Los tribunales internos deberán interpretar la jurisprudencia de la Corte y aplicarla de acuerdo con las características del caso, sus hechos, su encuadre jurídico en el orden interno y su propia tradición jurídica.

La posibilidad alternativa es considerar que la interpretación de la Corte es obligatoria para todos los Estados signatarios de la Convención. Esta es la posición de la misma Corte, de la Corte Suprema argentina (aunque no en forma unánime) y de gran parte de la doctrina. Menciono ilustrativamente la opinión de Bazán, para quien la sentencia constituye cosa interpretada internacional, causando también una vinculación directa con el resto de los países signatarios, o en palabras de Cançado Trindade, el resolutorio es válido erga omnes partes (Maino, 2016, p. 369)

2. Jurisprudencia Argentina: “P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo”

El fallo bajo análisis contiene los fundamentos necesarios y suficientes que se repite luego en la jurisprudencia nacional. No solamente tiene relación con el fallo Artavia Murillo sino que también analiza la cuestión de fondo aquí planteada: la concepción en las TRHA.

En el fallo “P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo”⁴³, los magistrados de la primera instancia se apegan a las palabras de la CIDH rechazando la aplicación de las TRHA. La causa se eleva a la Cámara y para la fecha había sido dictada la ley 26.862. En esta instancia se reconoce el derecho a la utilización de las TRHA pero lo interesante es que la Cámara no reconoce la obligatoriedad del fallo Artavia Murillo

Además, y lo más importante a los fines de esta exposición es que la Cámara toma postura por la teoría de la fecundación explicando que en nuestro ordenamiento hay vida desde la concepción entendida como fecundación, entendida como unión de gametos. Y aclara que esto no se aplica sólo a los concebidos dentro del seno materno, como distingue Artavia, sino que fuera del seno materno también, por más que no se den las condiciones propias de la concepción natural. En un sentido muy gráfico, la Cámara se expide sobre el tema:

En efecto, si se siguiera la lógica del fallo, cabría concluir que no son personas, por ejemplo, el recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pues es claro que tampoco podría desarrollarse por falta de nutrientes y del ambiente adecuado para ello; ni quien mantiene su vida vegetativa con ayuda de la tecnología médica, pues su dependencia resulta evidente⁴⁴

Y en ese sentido la Cámara de Apelaciones también sostuvo que ...es posible considerar, que es persona de existencia visible todo ente que presenta signos característicos de humanidad (art. 51 Cód. Civil), sin distinción de cualidades y accidentes. Ello involucra al concebido "in vitro" en virtud de su sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento en que se produce la concepción, idéntica a la del concebido en el seno materno.

“Una interpretación humanizante y finalista, acorde con la evolución de los avances científicos de nuestro tiempo, desvanecería cualquier hipótesis de antinomia legal o discriminatoria en torno a la situación jurídica de los concebidos, según fuere el diverso lugar en que acaece el contacto

⁴³ Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Sala III

⁴⁴

fertilizante de las células germinales” (Conf. Zannoni, E. “Inseminación artificial y fecundación extrauterina”, Astrea, Bs. As., pág. 90).⁴⁵

Nuestro sistema constitucional federal se ha caracterizado y distinguido por desplegar un consistente y coherente abanico normativo y jurisprudencial creando un marco legal de respeto por el derecho de vivir de todo ser humano – conditio sine qua non de la concreción y desarrollo de las potencialidades y atributos de cada persona, así como también de sus restantes derechos subjetivos– desde que se produce la singamia.⁴⁶

Conclusiones Parciales

La relevancia del caso para nuestro sistema tiene que ver con las precisiones terminológicas efectuadas por la Corte IDH respecto de términos o expresiones como ser “persona”, “ser humano”, “concepción”, “concebir”, “fecundar”, “preembrión”, “en general”), que constituyen conceptos jurídicos claves para interpretar adecuadamente las palabras utilizadas en la redacción del nuevo código.

Ello así porque según la interpretación de cierta parte de doctrina y jurisprudencia los fallos de la CIDH son obligatorios para el ordenamiento jurídico argentino.

Sin embargo bajo los fundamentos analizados se puede concluir como de la misma letra de la Convención surge que los fallos aludidos solo serán obligatorios para las partes intervinientes en el conflicto. De allí que Argentina fuera del contradictorio *Artavia Murilo c/ Costa Rica* no tiene obligación de aplicar los criterios de la CIDH.

En la cuestión de fondo la CIDH desarrolla en *Artavia Murillo* un extenso análisis del concepto “concepción” tomando siempre un criterio más

⁴⁵ CNACivil N° 92 “P., A. c/S., A. C. s/Medidas Precautorias” Expte n° 94282 (2008)

⁴⁶ Ver en CSJN, *Jorge Ricardo Romero y Otro v. Volver S. A. C. I.*, 03/09/1981, Buenos Aires, Tomo 302, p. 1284ss; CSJN, *María del Carmen Varilla de Cisilottov v. Nación Argentina, Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo*, 27/01/1987, Buenos Aires, Tomo 310, p. 112ss; CSJN, *Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/ Amparo*, 01/06/2000, Buenos Aires, Tomo 323, p. 1339ss; CSJN, *Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo*, 05/03/2002, Buenos Aires, Tomo 325/I, p. 303ss.

científico que ético, filosófico o jurídico. Analiza a la vez las opiniones de los peritos expertos para concluir que la concepción equivale a la implantación del embrión en el útero de la mujer. La Corte entiende que en caso de FIV (TRHAA) no habría vida hasta el momento de la concepción entendida como implantación, por carecer del medio necesario para el desarrollo embrional.

Contradictoriamente a ello la doctrina y jurisprudencia mayoritaria argentina se enrola en la tesis de la fecundación y si bien la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a la obligatoriedad de las resoluciones del CIDH, sobre la concepción van unificando criterios que condicen con los lineamientos constitucionales-convencionales imperantes en el ordenamiento jurídico argentino.

Conclusiones Finales

El art. 19 del CCyCN termino siendo una síntesis demasiado acotada de su proyecto. Si bien la redacción de este último no era nada feliz, encontrábamos en la misma la determinación de la concepción en los casos de TRHA que hoy encuentra un vacío legal y un silencio por parte del legislador.

Un hecho real tan sensible como la procreación artificial que involucra los mas fundamentales derechos de la persona humana no solamente de la mujer que desea someterse un tratamiento para lograr un embarazo, sino y con mayor relevancia, involucra los derechos naturales fundamentales del embrión, nunca ha tenido la regulación legal esperada.

En el año 2013 se regula la Ley 26.862 cuyo objetivo es la garantía de la cobertura médica para los tratamientos de TRHA. Luego adviene la esperada reforma con una reglamentación de las TRHA solo a los fines de determinar la filiación.

Más lamentable aún es que realizando una interpretación hermenéutica de del art. 19 con la regulación de las TRHA solo se obtiene un vacío legal que actualmente encuentra solución en las teorías de la concepción. Solo sabremos cuando hay concepción en un caso de TRHA cuando un tribunal determine bajo las premisas de las teorías de la fecundación o la anidación, cuál es ese momento.

Como puntos de conclusión luego del análisis de los términos persona, concepción, TRHA, el análisis de las teorías de la concepción: fecundación e implantación, y las posturas de la CIDH y la jurisprudencia nacional se enuncian:

- La concepción según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria argentina se produce en el momento de la fecundación ya sea dentro o fuera del seno materno
- Cuando se utilice una TRHA, la concepción se produce con la unión de gametos masculinos y femeninos: fecundación
- En esa línea para el derecho argentino, según el art. 19. hay persona reconocida por el ordenamiento jurídico desde la concepción entendida como la unión de gametos, dentro o fuera del seno materno

- El Fallo Artavia Murillo y otros, resultado por la CIDH defiende la tesis de la implantación
- El fallo Artavia Murillo no resulta vinculante para el derecho argentino, en razón a la Convención y de su evidente desconsideración de la personalidad del embrión humano, del cual la Corte realiza un análisis puramente científico despojando al mismo de sus derechos fundamentales.

Índice bibliográfico

1. Doctrina

- Aizenberg, M. S. (2012). *El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina*. (p. 47), Revista Derecho Privado. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus.
- Andruet A. S. (h) (1988) *La Eticidad en las Ciencias Médicas en general y la Fecundación 'in vitro' en particular*. ED. T° 127 pág. 824. El Derecho.
- Bretón Mora Hernández C (2012) *Los derechos humanos en Francisco de Vitoria*. Artículo Scielo Scientific Electronic Library Online, (V7. N°14) Revista médica de Chile.
- Brugo-Olmedo S., Chillik C., Kopelman S., (2003) *Definición y causas de la infertilidad*. Artículo de Revisión. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf> , el 12/11/2017.
- Cruz-Cocke. *"Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana"* Scielo Scientific Electronic Library Online, (V51. N°2) Revista médica de Chile.
- Dorín N. y Giacchietta P, (2012) *La biotecnología aplicada a la reproducción humana y su influencia en las relaciones filiales* Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. Ponencia. "Reflexiones sobre la reforma del Código Civil".
- Gallenti, S. P. (2012) *Comienzo de la existencia de la persona humana*. Ponencia en Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. Buenos Aires: Facultad de Derecho (UBA).
- Ghirardi J.C. y Crespo J.J.A. (2000) *Manual de Derecho Romano* (1a. ed.) Córdoba: Eudecor.
- Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (Pág. 48. Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 19 a 21). Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

- Hervada, J. (1992) *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Ed. Eunsa.
- Hib, J. (1999) *Embriología Médica*. Chile: Ed: McGraw-Hill
- Kant I. (1785) *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Textos jurídicos. Consejo de la Magistratura de la Pampa. Recuperado el 21/9/2017 de <http://www.juslapampa.gob.ar/Consejo/images/kantfundamentaciondelametafisicadelascostumbres.pdf>
- Lafferriere, J. N. (2012), *Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012*. Prudentia Iuris N° 74.
- Lafferriere, J. 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, D.F. y P. La Ley. Publicado el 01/11/2014.
- Lamm E. (2015) *El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos*. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad. AR/DOC/1297/2015
- Loyarte, D., Rotonda, A. E. (1995) *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, (p. 189 y 199) Buenos Aires: Depalma, 1995,
- Maino C.A.G. (2016) *Los derechos humanos baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXI, Bogotá, (p . 357-380), ISSN 2346-0849
- Maritain, J. (1981) *La persona y el bien común*, (p. 35 y ss.), Buenos Aires: Club de Lectores.
- Moreno Villa, M (2005) *“El hombre como persona”* (2da ed.) Madrid: Caparros Editores S.L.

- Palmero J.C (2014) *La persona humana en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Proyecto de Código Civil*. Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones. Buenos Aires: Facultad de Derecho.
- Puccinelli O.R. (2013) *Comentarios preliminares a la ley de reproducción médicamente asistida 26.862*. MJ-DOC-6337-AR | MJD6337
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Santo Tomas de Aquino. Suma Teológica I, 29, 3.
- Soriano, M. A. (2006) *Fertilización asistida: Problemas éticos*. Trabajo final de grado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Recuperado de: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.608/te.608.pdf> el 14/12/2017.
- Soto Lamadrid, M. (1990) *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*, (p. 545) Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Quintana E.M. (1995) *Control Judicial en la fecundación asistida*, (Pto. 2.1.). El Derecho.
- Quisbert E (2010) *Concepto De Persona En Derecho, Derecho Civil* La Paz, Bolivia: CED®,
- Rabbi- Baldi Cabanillas, R. (2008). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. (2da edición corregida, reestructurada y ampliada). Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Rabbi- Baldi Cabanillas, R. (2008) *Teoría del derecho* (1era. edición). Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Rabbi-Baldi Cabanillas R. (2013) *Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales*,

XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Córdoba (Argentina), 18-20 de septiembre de 2013.

- Rabinovich - Berkman (2005). *Embriones Congelados: un desafío surrealista hoy*. (Vol. XL) Revista electrónica mensual de derechos existenciales
- Raymond Quivy y Luc Van Carnpenhoudt (2005). *Manual de Investigación de Ciencias Sociales*. México: Ed. Limusa.
- Sampieri, R. Hernández (2006) *Metodología de la Investigación*. (4ta Edición). México: McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, SA DE C.V
- Villabella Armengol, C.M. (2015) *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. México: Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Villorio L. (1997) *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, (pág. 303) México: coeditado por el Colegio Nacional y el Fondo de Cultura Económica,

2. Legislación

- Constitución Nacional
- Código Civil de Vélez Sarsfield y reformas.
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código Penal Argentino
- Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Ley 26.862
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

3. Jurisprudencia

3.1 Nacional

- C.N.A.C, Sala I “R., R. D. s/ Guarda de embriones congelados”. Voto de los Dres. Delfina Borda y Julio Ojeda Quintana (1999).
- C.N.A.C. Sala I. Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias Expte 45882/93 (1999)
- C.N.A.Civil, Sala J, “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias” Causa 94282-2008 (2011).
- C.N.C.C. Sala III P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo”
- C.S.J.N. “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”. Fallos 302:1284 (1980).
- C.S.J.N. “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar.”. Fallos: 316:479; LA LEY 1993-D 130. (1993).
- C.S.J.N. “Acosta, Jorge Eduardo y otro, s/ recurso de casación” Fallo 335:533 (2012).
- C.S.J.N. "Portal de Belén -Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social. LL, 2002-B, 520. (2002)
- C.S.J.N. “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” (2004) (cons. 6)
- J.F.J. N° 1 “C.D.M. y otro c/ OSDEPYM s/amparo ley 16.986” Causa N° FSA 70/2015 (2015)
- J.F.S N° 1 “R., N. F. - O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo (2010).
- J.F.S. N° 1 “L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, Expte. N° 007/13 (2013).

- S.C.J.M. “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Acción de Amparo P/ Apelación s/ INC.”. Causa n° 110.803 (2014).

3.2 Internacional

- Corte I.D.H. "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c/Costa Rica (2012).