

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**ABOGACÍA**



**COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA**

**Su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial**

**LUCAS ALFREDO FLORIDIA**

**VABG53534**

**2019**

## **RESUMEN**

Reconocer en la persona humana al ser formador, receptor y actor principal del derecho, hace surgir en esta rama de las ciencias sociales la necesidad de indagar sobre su completud al momento de brindar una respuesta certera sobre el comienzo de su existencia. Es en atención a este problema que se ha concebido el presente trabajo, el cual pretende ofrecer un estudio crítico y sistemático del tratamiento que el ordenamiento jurídico argentino le dispensa al comienzo de la existencia de la persona humana, poniendo acento en su insuficiencia y falta de coherencia normativa. En sus páginas el lector encontrará una recopilación ordenada de legislación, doctrina y jurisprudencia sugiriendo la ausencia de elementos de juicio suficientes para fundamentar y resolver las delicadas cuestiones que el avance de la biotecnología ha generado en este contexto. Conflictos que invariablemente señalan la necesidad de ponerle fin a las evidentes carencias de las cuales adolece nuestro derecho, buscando soluciones adecuadas para problemáticas de reciente aparición.

Palabras clave: Persona Humana, comienzo existencia, TRHA, concepción, fecundación

## **ABSTRACT**

Recognize in the human being to be a trainer, receiver and principal actor of law, in this branch of social sciences arise the need to inquire about its completeness to provide an accurate response on the beginning of its existence. It is in attention to this problem that the present work has been conceived, which aims to offer a critical and systematic study of the treatment that the Argentine legal system has conferred upon it at the beginning of the existence of the human person, emphasizing its insufficiency and lack of normative coherence. In its pages the reader will find an ordered compilation of legislation, doctrine and jurisprudence that reflects the absence of sufficient elements of judgment to support and resolve the delicate issues that the advance of biotechnology has generated in this context. Conflicts that clearly indicate the need to put an end to the obvious shortcomings of which our right suffers, seeking adequate solutions for recent problems.

Keywords: Human person, beginning existence, TRHA, conception, fertilization

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	6
<b>CAPITULO I: COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA: TRATAMIENTO LEGAL.....</b>	<b>9</b>
Introducción.....	10
1.1.1 Fundamentos del proyecto de reforma del año 1998. La persona humana en su articulado. ....	10
1.1.2 Proyecto de reforma del año 2012. Fundamentos. El artículo 19 en su forma original .....	12
1.2.1 Redacción final del artículo 19 y disposición transitoria aplicable.....	14
1.3.1. La persona humana en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional..	16
Conclusiones parciales.....	18
<b>CAPÍTULO II: COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA: DISCUSIONES DOCTRINARIAS.....</b>	<b>20</b>
Introducción.....	21
2.1.1 El eje del el debate doctrinario: La concepción como comienzo de la existencia de la persona humana. Fecundación o anidación .....	21
2.1.2 Interpretación sistémica del articulado civil a la luz de los argumentos esgrimidos .....	24
2.1.3 Concepción vs. técnicas de reproducción humana asistida. Una puerta abierta al debate .	29
Conclusiones parciales.....	34
<b>CAPITULO III: COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>35</b>
Introducción.....	36
3.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	36
3.1.2 Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.....	37
3.1.3 Fuerza obligatoria en el ordenamiento jurídico interno .....	39
3.2.1 Corte Suprema de la Nación Argentina .....	42
3.2.2 El fallo “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Accion social de la Nación s/Amparo”.....	43
3.3.1 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza. El fallo “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Accion de Amparo P/ Apelación s/ Inc.” .....	44
Conclusiones Parciales.....	46

CAPITULO IV. EL DERECHO COMPARADO. SOLUCIONES ADOPTADAS EN MATERIA DE PERSONA HUMANA.....	48
Introducción.....	49
4.1.1 La persona humana según el criterio de distintos ordenamientos jurídicos .....	49
4.1.2 Código Civil Español y Ley 14 del 26 de mayo de 2006.....	50
4.1.3 Código Civil Peruano y Ley 26.842.....	54
4.2.1 Análisis comparativo con el derecho argentino .....	58
Conclusiones parciales.....	62
CONCLUSIONES .....	63
BIBLIOGRAFÍA .....	68

## INTRODUCCIÓN

Resulta claro que definir el comienzo de la vida no es un tema que gravite en torno a la órbita del derecho, sino que debe ceder paso a otras disciplinas cuyo objeto de estudio resulta ser el misterio de la vida misma en sus diferentes acepciones. La situación resulta distinta cuando se trata de resolver con exactitud cuándo comienza la existencia de la persona humana, con certeza estamos frente a una obligación ineludible de esta rama de las ciencias sociales. En virtud de ello se impone como interrogante ¿es suficiente el tratamiento legal que el ordenamiento jurídico le otorga al comienzo de la existencia de la persona humana? Determinarlo de ninguna manera es un tema menor. El derecho necesita dar soluciones justas y equitativas a problemas y situaciones vinculadas a este instituto que el avance de la ciencia y tecnología genera de manera habitual. Entre las más significativas no podemos dejar de mencionar aquellas que surgen del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y sus prácticas derivadas. Un análisis de la viabilidad de estas prácticas revela grandes incógnitas sobre asuntos a los que no se puede ser indiferente: la capacidad de los embriones para ser titulares de derechos así como la licitud a la hora de manipularlos, crioconservarlos o destruirlos.

En la búsqueda de una solución a este problema, las aguas del derecho se han segmentado en dos posturas antagónicas. Por un lado se encuentran quienes entienden que esta ciencia debería limitarse únicamente a reconocer la existencia de la persona humana entendida esta como dato de la naturaleza, si hay vida humana entonces existe una persona. El otro sector en disidencia sostiene que es tarea del legislador determinar cuándo, habiendo vida humana, el ordenamiento jurídico debería conferirle a la misma el status de persona. Lejos de zanjar esta cuestión, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha agravado la polémica abriendo la puerta a diferentes interpretaciones. En su redacción el artículo 19 del renovado código estipula lo siguiente “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”<sup>1</sup>. La presumiblemente voluntaria omisión al momento de definir el término concepción parece seguir dejando en manos de quienes son responsables de interpretar y aplicar el derecho la incómoda tarea de ponerle contenido a este dudoso momento.

---

<sup>1</sup> Art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina – Honorable Congreso de la Nación Argentina.

A los fines de determinar con certeza si nuestro sistema jurídico contiene los elementos necesarios para zanjear la desigualdad de criterios señalada, se ha planteado como objetivo general analizar el tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial en torno al comienzo de la existencia de la persona humana en el marco del sistema jurídico argentino. Se pretende alcanzar este objetivo general utilizando como catalizador los siguientes objetivos específicos: a) Analizar el contenido del artículo 19 del Código Civil y Comercial y sus antecedentes; b) Identificar la relación entre esta legislación y el restante articulado civil; c) Indagar sobre los tratados de derechos humanos vinculados a la temática bajo examen; d) Evaluar el impacto del fallo “Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica” en nuestro sistema jurídico; e) Identificar las principales posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la concepción, sopesando la validez de sus respectivos argumentos; f) Examinar las consecuencias jurídicas derivadas de cada postura en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida y prácticas asociadas y g) Inquirir sobre las soluciones jurídicas adoptadas en el derecho comparado.

Un análisis superficial de esta temática señala como principal hipótesis que el derecho argentino adolece de la completitud necesaria para regular este aspecto medular de la persona humana, sustentada en la evidente disparidad de criterios observada en este ámbito.

Con motivo de corroborar esta presunción, se utilizará en este trabajo un tipo de investigación descriptiva-correlacional, buscando conferirle un enfoque metodológico cualitativo, entendiendo que es el más adecuado para enriquecer los resultados del análisis de los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y el tratamiento legal de la figura estudiada. Con esta mirada se pretende dotar a la información que se ha explorado de la profundidad necesaria para formular perspectivas originales que le permitan al lector enriquecer su haber de conocimiento en el campo de esta delicada temática. Entre las fuentes consultadas más relevantes resulta propio incluir al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el fallo Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo del 5 de marzo de 2002 pronunciado por la Corte Suprema de la Nación y el fallo Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caudal de información obtenido será estructurado en cuatro capítulos que abordan la temática sub examine desde diferentes vértices de estudio. El capítulo I abrirá las puertas de la investigación con una reseña de los antecedentes de la herramienta legislativa vertebral en este tema, el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, analizando los fundamentos de la reformas proyectadas en los años 1998 y 2012, mientras se trata de indagar sobre el posible impacto que instrumentos legales con jerarquía constitucional podrían tener sobre el mismo. Por otro lado, el eje del segundo capítulo descansará sobre el debate doctrinario, procurando efectuar un análisis crítico de las diferentes interpretaciones que destacados juristas realizan sobre la legislación aplicable a la materia bajo estudio. A continuación el capítulo III enfocará su atención en los criterios jurisprudenciales utilizados para resolver conflictos vinculados a este instituto, tanto en el ámbito nacional como supranacional. Por último, el capítulo IV concluirá con una breve reseña al derecho comparado buscando encontrar potenciales alternativas a su tratamiento presente. Todo ello con miras a satisfacer la necesidad de otorgar una respuesta integral a la problemática planteada.



# CAPÍTULO I. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA: TRATAMIENTO LEGAL

## **Introducción**

Una breve reseña de la evolución del tema referente a la persona en el derecho argentino resulta aconsejable para situarnos en el escenario jurídico en los tiempos de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. En efecto, la necesidad de una reforma integral del derecho privado argentino ha sido entre otras causas motivada por la obsolescencia del tratamiento legal otorgado a la persona humana por su predecesor, el Código Velezano. Hasta la llegada del nuevo Código Civil y Comercial cuyo texto entro en vigencia el 1 de agosto del año 2015, este espacio jurídico carecía de una mirada de la persona como eje central del derecho, apareciendo solo como un elemento más de las relaciones jurídicas. Semejante noción meramente patrimonial de la persona, se presentaba en un evidente y continuo conflicto con la doctrina más actualizada y en discrepancia con lo que se ha dado en llamar el sistema supranacional de derechos humanos, conformado por instrumentos legales que obtuvieron recepción constitucional a partir de la reforma que la carta magna del estado argentino experimento en el año 1994.

Invariablemente no podría abordarse el tratamiento de la persona humana sin poner especial atención al comienzo de su existencia como punto de partida para la construcción de este renovado paradigma constitucional. Así lo hicieron los proyectos de unificación y reforma de los códigos civil y comercial de los años 1998 y 2012, precursores del actual Código Civil y Comercial Argentino, y en particular del contenido utilizado en el artículo 19 de este último cuerpo legislativo. Analizaremos a continuación los proyectos referenciados, buscando identificar los principios que sentaron las bases para cada propuesta sobre el comienzo de la existencia de la persona humana y su consistencia con los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional que se vinculan a esta temática.

### **1.1.1 Fundamentos del proyecto de reforma del año 1998. La persona humana en su articulado**

A pesar de que jamás alcanzo el objetivo con el que fue concebido y de esta forma finalmente convertirse en el texto legislativo destinado a reemplazar al Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, los fundamentos del Proyecto de Unificación del Código

Civil y Comercial propuesto por la Comisión Honoraria designada a tales efectos por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, fueron utilizados como referencia para la elaboración del homónimo instrumento legal que actualmente regula el comienzo de la existencia de la persona humana en su artículo 19. Por lo tanto resultará útil indagar en las apreciaciones vertidas por los integrantes de esta comisión para comenzar a construir una noción de lo que nuestro ordenamiento jurídico entiende como persona y sus comienzos.

En orden a esta finalidad, haremos referencia a los criterios utilizados a la hora de abordar este tópico tal como fuesen expuestos por los integrantes de la Comisión Honoraria conformada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

Resulta pertinente mencionar que, aunque este proyecto incluyó numerosas definiciones en todos los casos que se consideró necesario, no fue así al momento de abordar la naturaleza de la persona humana. Este proyecto, desarrollado en el año 1998, se aleja de las formas utilizadas en el artículo 30 del Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual optaba por definir a las personas como “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones” y resuelve no abundar en acepciones que intentasen describir a la persona humana.<sup>2</sup> Argumentan los fundamentos de este trabajo legislativo:

Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. (Héctor Alegría et al., 1998, p.6).

La ausencia de una caracterización de la persona humana, refleja claramente la postura de esta comisión: para sus integrantes la persona es un concepto anterior a la ley y el derecho no podría negarle a ningún ser humano esta condición, ni por supuesto concederle este estado a quien no lo sea.

En una coherente línea con esta solución, al momento de abordar el comienzo de la existencia de la persona humana, en esta obra se resuelve eliminar la expresión “en el

---

<sup>2</sup> Art. 30 del Código Civil Argentino. Derogado por Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

seno materno” contenida en el código velezano, para disponer entonces que el comienzo de la existencia de la persona humana se origina con la concepción, sin efectuar diferencia alguna sobre el ámbito donde esto pudiese acontecer. Así las cosas, la redacción sugerida aparecía en el artículo 15 de esta propuesta en los siguientes términos “Comienzo de la existencia. La persona humana comienza con la concepción”. (Alegría et al., 1998, p.175)

Si evaluamos esta elección legislativa ponderando el contexto científico social en el cual las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) ya eran una realidad fáctica ampliamente difundida, resulta claro que se decidió incluir a los embriones resultantes de estas prácticas dentro del concepto de persona humana, concediéndoles idéntica protección que aquellos que fuesen concebidos en el seno materno.

Según las apreciaciones vertidas por sus autores, esta solución estaría respondiendo a la realidad científica vigente y resultando coherente con lo dispuesto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 4 inciso 1, un instrumento legal con jerarquía constitucional que compromete a los países suscriptores a respetar la vida, en general a partir de la concepción. Más adelante indagaremos sobre el contenido de este instrumento internacional y sus implicancias en el derecho interno argentino.

De momento y como anticipamos en un principio cabe destacar que, aunque este proyecto de reforma no llegó a ver la luz, ciertamente sentó las bases para su sucesor, el proyecto del año 2012, cuyos fundamentos analizaremos a continuación poniendo especial atención en sus diferencias y similitudes en materia de persona humana y su comienzo.

### **1.1.2 Proyecto de reforma del año 2012. Fundamentos. El artículo 19 en su forma original**

En el año 2011, mediando autorización del Decreto Presidencial 191/2011, la comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, presentan el "Anteproyecto de

Código Civil y Comercial de la Nación" y sus "Fundamentos", conteniendo estos últimos los principios rectores que dieron forma a su trabajo.

En esta obra, sus autores reconocen en el proyecto del año 1998 las bases sobre las que se construyó el cuerpo legislativo que corrió mejor suerte que su antecesor llegando a convertirse tiempo más tarde en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. La expresamente reconocida influencia de la comisión reformadora del año 1998, se ve plasmada a la hora de fundamentar las decisiones que se asumieron al momento de definir la regulación que se efectuaría sobre la persona humana. Explican sus autores que "En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la denominación "persona humana" y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente..." (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012, p. 27)

En principio esta declaración parece sugerir que la comisión comparte la apreciación de su predecesora en lo que respecta a admitir una noción de persona humana extraña al derecho y propia de la naturaleza, cuya existencia las ciencias jurídicas estarían obligadas a reconocer. Esto supondría encontrar una solución legislativa similar a la proyectada, sino idéntica, al momento de abordar el comienzo de la existencia de la persona humana.

Sin embargo, este no fue el caso. No obstante haber afirmado la fuerte influencia de su antecesor, el proyecto del año 2012 se aparta de los lineamientos propuestos por el proyecto del año 1998 y decide reconocer a la persona desde la concepción en el seno materno, utilizando idéntica terminología que el código derogado al momento de formular el artículo destinado a regular esta cuestión.

Solo decide agregar los efectos para un caso en particular, cuando del embrión fecundado a través de técnicas de reproducción humana asistida hubiese sido implantado en el cuerpo de la mujer. Afirman sus autores que "en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer" ( Lorenzetti et al. 2012, p. 27).

Los fundamentos de este proyecto afirman no desconocer la necesidad de que los embriones concebidos fuera del vientre materno y no implantado merezcan protección legal, sino que entiende que tan importante temática debería ser abordada por una ley especial tal como ocurre con los ordenamientos jurídicos de otros países. (Lorenzetti et al., 2012, p. 27)

En su forma original entonces el artículo 19 se encontraba formulado dentro del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión de reformas en los siguientes términos “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.” (Lorenzetti, et al., 2012, p. 5)

Surge de esta redacción la clara intención de definir un doble inicio de la personalidad legal del individuo: Desde su concepción en el seno materno o bien a partir de la implantación del embrión en el útero de la mujer en el caso del uso de las TRHA.

La terminología proyectada, hace surgir dudas sobre la consistencia de lo expresado oportunamente en sus fundamentos. ¿Resulta válido afirmar que la persona es un dato de la naturaleza y al mismo tiempo poner condiciones para su existencia? La lógica parecería indicar que no es posible. Quizá sea esta la razón por la cual el artículo 19 sufrió significativas modificaciones que alteraron severamente su significación.

### **1.2.1 Redacción final del artículo 19 y disposición transitoria aplicable**

Como parte del proceso modificatorio del código derogado, la comisión redactora del año 2012 presenta la propuesta del anteproyecto concebido ante el Poder Ejecutivo, resolviendo este último no introducir innovación alguna en lo concerniente al comienzo de la existencia de la persona humana. No fue este el destino del texto en cuestión durante las etapas posteriores de tratamiento y análisis en manos del Poder Legislativo. Durante esta fase fue designada una comisión bicameral destinada a esos efectos y se dispuso la realización de audiencias públicas en distintas provincias del país concediendo a particulares y organizaciones interesadas la posibilidad de brindar su punto de vista sobre el

asunto. Finalmente la comisión bicameral se expide, presenta su dictamen y propone lo que sería la fórmula definitiva del artículo 19 “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”<sup>3</sup>. De esta redacción se desprende la decisión de eliminar la locución “seno materno” y toda otra referencia que pudiese sugerir un doble inicio de la personalidad.

No podemos dejar de reconocer que, con una modificación de semejante magnitud, el legislador perseguía una finalidad precisa. No podría entenderse de otra manera la razón por la que decidió eliminar el distingo entre el ámbito en que se produjese concepción. Ciertamente, el camino elegido luce más coherente con la tradición jurídica argentina, al buscar la noción de persona en las ciencias a las cuales se subordina el derecho.

Y podríamos aseverarlo con algún grado de certeza si no advirtiéramos lo consignado en la disposición transitoria segunda del artículo 9 de la Ley 26.994. En correspondencia con el artículo 19 establece lo siguiente: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”<sup>4</sup>

La pregunta que se impone es ¿Resulta necesaria la creación de una legislación tuitiva para el concebido no implantado si el artículo 19 ya lo está reconociendo como persona?

La doctrina se ha expedido al respecto de manera discordante. El código se dedica a las personas y las cosas, argumenta Marisa Herrera (2014), por lo tanto es propio que se deje por fuera del código y en manos de una normativa especial el tratamiento a los embriones fecundados in vitro.

En estos términos se alzan las voces negando la personalidad a los embriones no implantados, invocando su fundamento en la cláusula transitoria que ahora nos ocupa.

Las apreciaciones vertidas por El Dr. Jorge Horacio Alterini (2016), concluyen exactamente lo contrario:

---

<sup>3</sup> Art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

<sup>4</sup> Art. 9 de la Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

El texto no tiene su razón de ser en la ausencia de la calidad de persona del embrión no implantado —como se ha insinuado—, sino —contrariamente— en que, siendo persona, las particulares características del modo en que es concebido, requieren que el legislador regule determinadas prácticas resultantes de la técnica de fertilización asistida (condiciones en que puede ser sometido a experimentación, criterios de preservación de su identidad genética; posibilidad o no de suspensión de su desarrollo vital; dación en adopción, etc.), para garantizar —precisamente— sus derechos como persona (Capítulo 1).

El tema bajo análisis admite más de una opinión. ¿Habría querido conformar el legislador a dos sectores en franca oposición cercenando el art. 19, pero acompañándolo con una disposición que podría admitir una lectura diferente a la textualmente expresada?

El caso es que muy lejos su redacción original, el texto legal vertebral sobre el comienzo de la existencia de la persona humana queda finalmente aprobado por Ley 26.994 entrando en vigor el 1 de agosto de 2015. Lo hace dejando un confuso panorama legislativo, evitando definir la poco precisa expresión “concepción” y numerosas dudas en cuanto a cómo este término debería interpretarse. Destinamos el próximo subtema a indagar sobre la coherencia normativa entre el artículo bajo examen y tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal.

### **1.3.1 La persona humana en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional**

En virtud del principio de supremacía constitucional, se espera que el ordenamiento jurídico de jerarquía inferior, guarde consistencia con el contenido de los instrumentos legales que ostenten esta condición. El art. 75 inc. 22 de la carta magna Argentina ha otorgado a numerosos tratados internacionales de derechos humanos esta posición en las condiciones de su vigencia. Analizaremos a continuación algunos de estos textos legales y su coherencia con el art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, atentos al tema que nos ocupa.

En primer término resulta relevante indagar sobre lo dispuesto en la reserva



formulada por la República Argentina al ratificar la Convención de los Derechos del Niño a través de la Ley 23.849. Con relación al art. 1º la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”<sup>5</sup>.

Al adoptar este instrumento como parte del bloque constitucional federal, nuestro ordenamiento jurídico asume una postura que no admitiría ulteriores modificaciones de rango inferior sobre el comienzo de la persona humana. Advirtamos que ya en el año 1994 se delimita este momento equiparándolo a la concepción, sin formular diferencias sobre el ámbito donde esto tiene lugar, lo que en principio estaría incluyendo todas las formas posibles de concepción.

En idéntica línea legislativa, se expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al hacerlo cobra relevancia lo establecido en dos artículos de este instrumento que consiguen complementarse mutuamente. En su Parte I, Capítulo I, el inc. 2 del art. 1 precisa que “persona es todo ser humano”<sup>6</sup>. Aún más específico resulta ser el inc. 1 del art. 4 al indicar que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”<sup>7</sup>

De la lectura de sendos tratados internacionales, podemos inferir que la elección del legislador a la hora de señalar el comienzo de la existencia de la persona humana en el momento de la concepción, resulta ser consistente con lo normado con el bloque constitucional Federal.

También lucen acertadas desde este mismo punto de vista, las declaraciones formuladas en los fundamentos del proyecto del año 1998, cuyos argumentos fueron compartidos con la comisión del año 2012, en relación a la naturaleza de la persona humana, siendo la redacción final del artículo 19 la más adecuada desde el punto de vista constitucional la luz de los instrumentos legislativos analizados.

---

<sup>5</sup> Art. 1 de la Ley 23.849. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

<sup>6</sup> Art. 1 inc. 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Aprobada por Ley 23.054. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

<sup>7</sup> Art. 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Aprobada por Ley 23.054. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

## **Conclusiones parciales**

De lo analizado hasta el momento, es evidente que la noción del comienzo de la existencia de la persona humana ha generado disensiones aun entre aquellos que reconocen en la naturaleza la fuente que señala el comienzo de la existencia de la persona humana, encontrando distintas soluciones legislativas en cada caso. Así lo indica un cotejo de las propuestas elevadas por las comisiones reformadoras de los años 1998 y 2012. Ambos proyectos son contestes al afirmar que la noción de la persona es ajena al derecho, y siendo esta su naturaleza no resulta ser ámbito de su competencia el determinar sus inicios, sino meramente reconocer su existir. Admitiendo esta coincidencia, genera desconcierto que el proyecto del año 2012 encuentre una solución completamente diferente a la de su precedente al encontrar en la momentos distintos para reconocer el status de persona en función de la forma en que esta haya sido concebida.

A esta evolución de criterios errática se suma la inconsistencia interna que presenta la versión sancionada del artículo 19 del Código Civil y Comercial. El texto en cuestión resuelve suprimir toda reseña que pudiese indicar un doble inicio de la personalidad, pero al mismo tiempo conserva una disposición transitoria destinada al amparo del embrión no implantado. Así las cosas, lo que por una parte parecía haber sido resuelto con la nueva redacción, la identificación del comienzo de existencia de la persona humana entendida como concepción en todos sus ámbitos, se complejiza al tomar en consideración lo prescripto por su disposición transitoria.

Esta lectura del panorama legislativo, comienza a sugerir que la codificación civil no contiene los suficientes elementos de juicio que nos permitan establecer con certeza cuando se produce la concepción. En el mejor de los casos nos ofrece una respuesta poco precisa e incompleta, respuesta que posterga los interrogantes más significativos para ser tratados por legislación especial que de momento no ha sido dictada.

En relación a los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional que versan sobre esta temática y fueron examinados en este capítulo, cabe destacar que sus disposiciones parecen armonizar con el ordenamiento jurídico interno al reconocer a la persona desde el momento de la concepción. Sin embargo no consiguen arrojar mayores precisiones sobre cuanto acontece el momento señalado en la codificación civil vigente como comienzo de la existencia de la persona humana.

En estos términos, comienza a ponerse de relieve la insuficiencia del tratamiento legal que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a los inicios de la figura protagonista del derecho, evitando definir con claridad cuando acontece la concepción.

**CAPÍTULO II. COMIENZO DE LA EXISTENCIA  
DE LA PERSONA HUMANA: DISCUSIONES  
DOCTRINARIAS**

## **Introducción**

Habiendo sentado las bases legales de la figura bajo estudio y su respectiva evolución legislativa, nos abocaremos ahora a efectuar una indagación crítica sobre la interpretación que la doctrina efectúa sobre el contenido del art. 19, así como los argumentos utilizados para sustentar diferentes apreciaciones observadas. Analizaremos también la relación de cada criterio esgrimido con el restante articulado civil, buscando en este texto consistencias con las demás figuras reguladas en el cuerpo legislativo. Por último veremos el impacto de esta legislación sobre cuestiones de relevancia social, como resultan ser las TRHA reguladas a través de la Ley de Fertilización Asistida, Ley 26.862.

### **2.1.1 El eje del debate doctrinario: La concepción como comienzo de la existencia de la persona humana. Fecundación o anidación**

Establecida la premisa que reconoce que la existencia de la persona humana se produce con la concepción, surge la necesidad de ponerle contenido a este incierto momento que el Código Civil y Comercial ha evitado precisar. En la búsqueda de una solución jurídica, numerosos juristas han efectuado diferentes interpretaciones. En orden a esta problemática, identificamos dos posturas: Una que busca equiparar la concepción al momento de la fecundación y otra en franca oposición que entiende que el término bajo análisis alude a un periodo ulterior, denominado anidación. Estas posturas se conocen como la teoría de la fecundación y teoría de la anidación respectivamente.

En aras de ofrecer un panorama acabado de lo que implican ambas instancias biológicas, recurriremos a las definiciones que una obra especializada en embriología nos brinda al respecto. En la misma define la fecundación como “un complejo proceso en el cual dos gametos o células sexuales interaccionan entre sí para crear un nuevo ser viviente, cuyo genoma proviene de ambos padres” cuyo objetivo consiste en crear un nuevo organismo. Este proceso, explican los especialistas, consta de 6 diferentes eventos principales: 1) Contacto y reconocimiento entre el espermatozoide y el gameto femenino. 2) Regulación de la inyección del material genético del espermatozoide en el gameto femenino. 3) Fusión del material genético del espermatozoide y del gameto femenino. 4) Activación del metabolismo de la célula huevo o cigoto para dar comienzo al desarrollo.

5) Reorganización del citoplasma del cigoto. 6) Interacción entre el gameto femenino y el espermatozoide (Gil & Isaza de Lourido, 2015, p.75).

Huelga decir que los defensores de la teoría de la fecundación reconocen a la persona a partir de la concreción de este proceso.

En relación a la anidación, la mencionada obra explica que es un proceso sofisticado que comienza entre el sexto y séptimo día luego de la unión de los gametos teniendo como objetivo la instalación final del fruto de la fecundación dentro del endometrio. El mismo se desarrolla en tres etapas: aposición, adhesión e invasión. Lo más relevante desde el punto de vista que nos ocupa es su ubicación temporal: el proceso ocurre entre el día 7 y 14 después de la fecundación. (Gil & Isaza de Lourido, 2015).

Surge de esta explicación científica, la razón por la cual la doctrina disidente señala a un periodo posterior a la fecundación y coincidente con la anidación como comienzo de la existencia de la persona humana

Escuchemos a continuación las voces y sus matices, que se alzan a favor de las diferentes interpretaciones.

Entre los argumentos que se elevan en amparo de la fecundación como sinónimo de concepción, merecen ser consideradas las opiniones vertidas en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013). Durante este evento representantes del ámbito académico jurídico de todo el país pusieron bajo análisis la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana. En las conclusiones de la Comisión N°1 destinada a examinar la parte general de esta rama del derecho, se afirmó que “comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno” (Despacho de Mayoría). La conclusión de esta comisión presidida por Magdalena Giavarino, Luis Niel Puig y Julio Rivera, excluye cualquier diferenciación entre el ámbito uterino y extrauterino. En la oportunidad y en virtud de que el código se encontraba bajo tratamiento legislativo, se propone que el artículo 19 sea reformulado de la siguiente manera "Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno", propuesta que no fue compartida por la minoría, pero que de haberse adoptado habría terminado con la incertidumbre sobre los alcances del vocablo “concepción” (p.1).

Entre quienes comparten este mismo enfoque, y propugnan el uso de la expresión concepción como sinónimo de fecundación se encuentra el Dr. Nicolás Lafferrière (2014). Para este autor la postura que reconoce la personalidad desde la fecundación “es la más consistente con una interpretación razonada del derecho vigente y con los principios fundamentales que surgen del derecho internacional de los derechos humanos” (p.1).

Resulta ser este también el criterio de Nicolás Reviriego (2014) en ocasión de efectuar sus apreciaciones sobre el comienzo de la existencia de la persona humana en su comentario al art 19. Este autor sostiene que la fecundación no solo da inicio a la vida, sino también a la persona humana, independientemente del lugar donde dicho proceso hubiese ocurrido.

En ocasión de ofrecernos su visión jurídica sobre la persona humana, Rivera y Medina (2016), también acompañan esta mirada doctrinaria. En su libro Derecho Civil, Parte General hacen su valoración de la elección legislativa plasmada en el artículo 19.

El código derogado establecía, con sabiduría, que la personalidad aparecía con la concepción en el seno materno. El CCyC reafirma ese principio, disponiendo que la persona comienza con la concepción. Al no hacer aclaraciones, se entiende que ello comprende tanto a la concepción natural como a la que acontece fuera del seno materno, esto es in vitro (p.211).

En franca disidencia con este sector doctrinario se erigen los argumentos de quienes entienden que la concepción se da en una etapa posterior a la fecundación. Esta es la postura asumida por Eleonora Lamm (2015) quien sostiene que:

...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 sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva,

unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal [...] sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer. El resto se pierde rápidamente, ya sea antes de implantarse en el útero como a los pocos días de la implantación. De lo dicho, se desprende 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 (pp. 4-5).

En una línea argumental coincidente, se expresa Marisa Herrera (2014) quien afirma que un análisis sistémico e integral del articulado civil y comercial revela que el término concepción debe entenderse como sinónimo de anidación. En una de sus recientes apreciaciones sobre el tema señala la necesidad de “poner en jaque la postura conservadora arraigada en un derecho civil, ya derogado, con una fuerte impronta del derecho canónico” (Herrera, 2018, p.4).

Con el propósito de sostener su posición frente a los alcances de la expresión “concepción” los autores mencionados proponen una interpretación sistémica del articulado civil que guarda relación con el tema que nos ocupa.

Veremos a continuación los argumentos utilizados por representantes de estas las dos corrientes doctrinarias que se abordan en este trabajo.

### **2.1.2 Interpretación sistémica del articulado civil a la luz de los argumentos esgrimidos**

Inmediatamente después de definir el comienzo de la existencia de la persona humana, el código se ocupa de establecer la duración del embarazo haciendo referencia a ambas nociones. Se transcribe a continuación el artículo 20:

Duración del embarazo. Época de la concepción. 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 del tiempo del



embarazo es de trescientos días y el mínimo ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.<sup>8</sup>

¿De qué manera incide este artículo sobre la lectura a formular del contenido del artículo 19?

Prestemos atención a algunas opiniones que reflejan la disparidad de criterios existente en la doctrina nacional.

En la opinión de Marisa Herrera (2018), el contenido del artículo aludido, resulta ser una conceptualización central habiendo cuenta de su ubicación dentro del cuerpo civil, encontrándose la misma precisamente después de brindar la disposición que refiere al inicio de la persona humana enfocada en la concepción. “¿Acaso puede haber plazo mínimo y máximo de la concepción sin embarazo?” (p.6), se pregunta y responde negativamente al mismo tiempo esta autora. Dado que en el caso de las fecundaciones extracorpóreas y mientras los embriones resultantes no hayan sido transferidos no se puede hablar de embarazo, concluye que este artículo apoya la teoría de que la concepción se asemeja a la anidación, es decir la implantación del ovulo fecundado en las paredes del útero.

Esta apreciación claramente no es compartida por el otro sector doctrinario. Analicemos la opinión de uno de sus exponentes más característicos. Afirma sobre el tema Nicolás Lafferrière (2010) que es necesario atender a la finalidad del artículo 20. Según él, esta finalidad obedece a los principios del derecho romano, los cuales plantean la necesidad de realizar una presunción acerca de la época de la concepción. Como regla general entonces, esta presunción sería válida. Pero como el mismo artículo lo establece in fine, se admite prueba en contrario, verbigracia aquella que demuestre que la concepción ocurrió fuera del seno materno a través de técnicas de reproducción asistida. Con este argumento busca desvirtuar cualquier apreciación que intente utilizar el artículo 20 como respaldo para sostener la teoría de la anidación.

Indagaremos ahora en el artículo siguiente, el artículo 21. Este dispone: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la

---

<sup>8</sup> Art. 20 del Código Civil y Comercial de la Nación – Honorable Congreso de la Nación Argentina.

mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume"<sup>9</sup>.

Este artículo también se ha prestado para diversas interpretaciones.

Según lo entiende Marisa Herrera (2018) el artículo 21 coloca al concebido no nacido en una especie de situación de latencia jurídica, periodo que según la forma en que su concepción se haya producido (mediante una relación sexual o a través de TRHA), se extiende desde la concepción, o a partir de la implantación hasta el efectivo nacimiento con vida respectivamente. Puesto en estos términos el concebido extrauterinamente no podría obtener su personalidad hasta el momento de ser transferido al útero materno.

Para Nicolás Lafferrière (2014) este no es un debate nuevo, y como tal no ejerce influencia sobre la elucidación de la norma estudiada. En su opinión “ya en el Código de Vélez Sarsfield se entendía que estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido, pues su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios” (p.5) y entonces con el propósito de evitar que una mujer simulara un embarazo y luego la pérdida del niño buscando ser única heredera, el código velezano sujetó la transmisión de derechos hereditarios al nacimiento con vida. Por otro lado entiende que la actual diferenciación entre concepción o implantación no hace más que confirmar que se trata de dos momentos distintos, por lo que este texto no arroja nueva información sobre la expresión concepción utilizada en el artículo 19.

Una tercera apreciación es vertida en la obra Código Civil y Comercial comentado. En el análisis incorporado en el mencionado trabajo que Nicolás Reviriego (2016) formula del texto en estudio, afirma que este en realidad ha quedado desarticulado del texto definitivo del artículo 19 a consecuencia de la urgencia del legislador por aprobar el nuevo Código Civil y Comercial. En esta premura se pasó por alto la necesidad de adecuar el contenido del artículo 21 a la flamante redacción del artículo 19. Este trabajo doctrinario rechaza de todas maneras el argumento que concluye que es necesario esperar hasta implantación para que se conceda la personalidad jurídica, favoreciendo la teoría de la fecundación.

---

<sup>9</sup> Art. 21 del Código Civil Y Comercial de la Nación – Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Esta opinión luce acertada. La mención de las expresiones implantación y fecundación en el libro destinado a la regulación de la persona humana, parece haber sido un descuido del legislador que decidió reformular la redacción original del artículo 19. Si esta nueva redacción, vertebral en lo que a persona se refiere, señala hacia el comienzo de su existencia de la persona humana omitiendo cualquier referencia a la implantación, no parece adecuado, incluso puede resultar confuso, que otras disposiciones del mismo cuerpo legal que guardan relación con ella si lo hagan y de hecho efectúen distinción entre concepción y anidación.

Se suma a este intenso debate el artículo 561, normando algunos aspectos relativos a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida:

Artículo 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.<sup>10</sup>

Nos interesa en particular la última parte de este artículo en tanto refiere a la posibilidad de revocar el consentimiento en las TRHA en la medida que no se haya producido la concepción en la persona o la transferencia del embrión.

¿Cuáles son las implicancias de esta norma?

Al entender de Eleonora Lamm (2015), la conclusión a la que se arriba es contundente. Si se encuentra permitido revocar el consentimiento hasta la implantación es porque en todos los casos y desde el instante de la fecundación hasta la implantación, momento en que el ovulo fecundado anida en el útero materno, no existe persona como centro de imputación de derechos y obligaciones jurídicas.

Idéntica lectura realiza sobre esta normativa Marisa Herrera (2018) al afirmar que “La posibilidad de revocar el consentimiento no es un dato menor, da cuenta de la

---

<sup>10</sup> Art. 561 del Código Civil Y Comercial de la Nación – Honorable Congreso de la Nación Argentina.

inexistencia de personalidad y la imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un "derecho a nacer". (p.7).

En el otro extremo de la misma línea temática, surgen las apreciaciones de Nicolás Reviriego. El Dr. Reviriego (2016) disiente con la lectura que formula Marisa Herrera, señalando que la exigencia de renovar el consentimiento previo a cada utilización de los gametos, obedece exclusivamente a la necesidad de poder determinar la filiación del concebido. En efecto, indica en su obra, este artículo no define las consecuencias de una potencial revocación, tampoco autoriza a desechar el embrión ni mucho menos concluir que este no es persona.

Aunque se coincide con lo expresado por el Dr. Reviriego en relación a la finalidad de la norma, el hecho de que se permita efectuar la revocación del consentimiento para la implantación del embrión, subsisten alarmantes inquietudes sobre el destino de los embriones crioconservados así como sobre los alcances de la responsabilidad de quien ha consentido que se utilicen sus gametos para esta técnica y luego retire su autorización para que el embrión resultante sea implantado.

Independientemente de la posición que uno adopte, los argumentos vertidos por los exponentes de cada corriente doctrinaria, lucen lo suficientemente sólidos y coherentes, además de guardar razonable consistencia con lo legislado en el libro abocado a la persona humana.

Sin perjuicio de lo afirmado, se perciben ciertas desconexiones entre la redacción actual del art. 19 y algunas disposiciones contenidas en el mismo cuerpo civil que parecen no haber sido advertidas al momento de revisar la coherencia normativa del nuevo Código Civil y Comercial.

Tal vez las mayores dificultades normativas se presentan al intentar conciliar los criterios esgrimidos con las disposiciones contenidas en la legislación destinada a regular las TRHA. Nos referimos a la Ley 26.862, Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

### **2.1.3 Concepción vs. técnicas de reproducción humana asistida. Una puerta abierta al debate**

La biotecnología ha dado gigantescos pasos en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida, convirtiendo el uso de las mismas en una realidad insoslayable cuya necesidad de ser reguladas el derecho no puede desconocer. En orden a esta necesidad en el año 2013 se sancionó la Ley 26.862 reglamentada por el Decreto del Poder Ejecutivo 956/2013. Entre otras disposiciones la mencionada ley admite técnicas auxiliares que han despertado las voces de los diferentes sectores doctrinarios abocados a discutir sobre los caminos del comienzo de la existencia de la persona humana. Expondremos en las próximas líneas los aspectos más controversiales así como su relación con el artículo 19.

Enfocaremos nuestra atención en el artículo 2 del Decreto Reglamentario 956/2013. En atención a lo dispuesto por el artículo homónimo de la Ley 26.862, se concentra en identificar las prestaciones comprendidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida autorizadas por la referida legislación así como otorgar concesiones relacionadas a su uso. Para una mejor comprensión lo transcribimos a continuación:

Artículo 2°.- Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante<sup>11</sup>.

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección

---

<sup>11</sup> Art. 2 del Decreto 956/2013 – Reglamenta Ley Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN SANITARIA Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD, conforme las previsiones del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA ATENCIÓN MEDICA. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el MINISTERIO DE SALUD.<sup>12</sup>

¿Cuáles son los motivos por los que el contenido de este decreto despierta las críticas de la doctrina?

Resulta sumamente reveladora la visión de Adriana Bestani (2016). Ella entiende que la mayor debilidad de esta ley radica en que “ legisla fotografiando ciertas bases fácticas sin que se haya discutido previamente sobre los presupuestos desde los cuales ella parte, tales como la crioconservación, donación de gametos, etc.” (Capítulo 1).

Es decir que, a la hora de abordar la delicada cuestión de las TRHA esta normativa parece haberse acomodado a la realidad actual, limitándose a otorgar permisiones legales a procedimientos que ya se estaban llevando a cabo, sin detenerse a discutir sobre la legitimidad intrínseca de los mismos. De hecho, no podemos dejar de advertir que al haber omitido darle tratamiento a estos asuntos esenciales, las disposiciones de la Ley 26.862 guardan consistencia con lo proyectado para el artículo 19 por la comisión reformadora del 2012, pero podrían no hacerlo con el texto aprobado.

Examinemos con más detalle las implicaciones de lo alegado previamente.

Observamos que dentro de las técnicas auxiliares permitidas por esta legislación se encuentran, entre otras, la criopreservación de embriones. Por otro lado se autoriza el

---

<sup>12</sup> Art. 2 del Decreto Reglamentario 956/2013 – Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

uso de nuevos procedimientos, abriendo la puerta al polémico diagnóstico genético preimplantatorio o preimplantacional. Como corolario de esta situación ni la Ley 26.862 ni su decreto reglamentario ponen un límite a la cantidad de embriones que pueden ser producidos mediante las técnicas en cuestión, dejando al arbitrio de quien efectúa los procedimientos vinculados a las TRHA cuantos óvulos fecundará.

Para quienes adhieren a la teoría de la anidación, las técnicas y permisiones arriba descritas no resultan ser un problema. “Fácil se observa que donar, criopreservar y revocar son actos compatibles con la idea de que el embrión no implantado sea considerado persona” (Herrera & Salituri Amezcua, 2016, p.8).

Pero como anticipamos *ut supra*, no resulta tan sencillo armonizar las disposiciones de esta ley y lo estipulado por el artículo 19 para quienes defienden el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción. Analicemos las razones expuestas por la doctrina adepta a la teoría de la fecundación.

Comenzaremos por una crítica neurálgica en lo que a TRHA se refiere, la pérdida de embriones a causa de su congelamiento y la libertad de conservar cuantos se crean necesarios.

Al respecto, y en su declaración con fecha 23 de septiembre de 1995, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires afirma que:

La crio-conservación de embriones impone a los mismos un destino incierto, porque produce la muerte de hijos en etapa embrionaria en un porcentaje variable de acuerdo a los distintos Centros de Fertilización Asistida y porque no garantiza la transferencia de todos ellos al útero materno, lo cual significa selección y descarte. Esto implica desinteresarse de la suerte de estos embriones, a los que no se les reconoce ningún valor intrínseco.<sup>13</sup>

Si se entiende que desde el preciso momento en que el ovulo fecundado existe la persona humana y se presume además que las TRHA generan la muerte de estos embriones en mayor o menor medida de acuerdo a la técnica utilizada, podría surgir un conflicto entre la libertad indiscriminada que otorga la legislación en cuanto a la

---

<sup>13</sup> Fuente: Recuperado de <https://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/22.php>

producción y crioconservación de embriones y los derechos inherentes a la persona, titularizando esta última el derecho a la vida entre los más significativos.

Así lo sostiene parte de la doctrina que se enrola en la teoría de la fecundación:

Nosotros creemos inadmisibles la crioconservación de embriones, acto que lleva ínsita la posibilidad más o menos cierta de su destrucción en un futuro más o menos lejano, por cualquiera de las razones a las que ya hemos hecho referencia; conocido es lo ocurrido hace ya unos años en Inglaterra, donde se resolvió la destrucción de varios miles de embriones criopreservados, a los que no se les encontró otro destino. Por otra parte, el hecho de crioconservar embriones tiene como usual contrapartida su selección, transfiriéndose a la mujer aquellos que se consideran más aptos o con mayores posibilidades de sobrevivir, de lo que resulta —por tratarse de seres humanos— de una injusta discriminación generalmente por razones genéticas, con violación del derecho a la igualdad, o simplemente por haber sido fecundados mayor cantidad de embriones que los que se considera razonable implantar en la mujer (Sambrizzi, 2013, p.10).

Idéntica apreciación efectúa Adriana Bestani (2016). Si se otorgase el status de persona a los embriones la única alternativa sería prohibir las TRHA, dado que no sería factible implantar a todos los producidos en útero materno. O en su defecto fecundar solo tres y proceder a implantar la totalidad de ellos.

Resulta admisible sostener que, aun defendiendo la teoría de la fecundación, existe la posibilidad de adoptar una postura moderada en este campo permitiendo en casos especiales la crioconservación y dejando su regulación en manos de la ley especial que fuera prevista por la cláusula segunda de la Ley 26.994, oportunidad de legislar que se encuentra aún desaprovechada.

En cualquier caso la línea argumental del Dr. Sambrizzi nos remite a una cuestionada práctica, propia del ámbito de la medicina, que ha cobrado auge en los últimos años y su relación con el campo jurídico: El diagnóstico genético preimplantacional (en adelante DGP).

En el libro Comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida Francesca Vida (2006), catedrática de biología



celular en la Universidad Autónoma de Barcelona, da cuenta del método y objetivo del DGP. La especialista explica que la técnica aludida, consiste en analizar genéticamente las biopsias celulares practicadas en estados iniciales del desarrollo embrionario, orientadas a detectar anomalías y enfermedades genéticas que podrían comprometer la viabilidad de los embriones o transmitirse a su descendencia.

Harto evidente es el conflicto que surge entre el reconocimiento del embrión no implantado como persona y los objetivos que propone el diagnóstico genético preimplantacional. Si lo buscado es minimizar la posibilidad de dar a luz un hijo enfermo ¿no supondría esta búsqueda violar el derecho de igualdad de los embriones restantes? ¿Qué ocurre con aquellos embriones que no son considerados aptos o viables a los ojos de la ciencia médica? ¿Sería admisible descartar o volver a congelar a estas personas?

El Dr. Lafferrière (2015) nos brinda su visión sobre el asunto:

Si bien se habla de un “diagnostico” en realidad estamos ante un mecanismo de selección de vidas humanas en el que no se busca la cura del “diagnosticado”, sino que se concreta una forma radical de “control de calidad”. En algunos casos el DGP se usa para elegir un embrión que será transferido por alguna característica buscada, mientras que el resto de los embriones concebidos resulta crioconservado o bien descartado. En otros casos, el DGP se usa para identificar embriones que no son deseados, bien porque presentan alguna patología o bien por otras razones. Luego del DGP se transfieren sólo los embriones que superaron tal “control de calidad” (p.1).

Claramente no existe óbice para el uso de esta técnica entre quienes aceptan que la persona humana comienza su existencia en un periodo posterior.

Este es el caso de Eleonora Lamm. En su opinión, evitar otorgarle reconocimiento como persona al embrión “ tiene un importante impacto en las TRHA, debido a que permite el acceso a la fertilización in vitro y sus posibles derivados o consecuencias, en especial, el diagnóstico genético preimplantacional” (Lamm, 2015).

## Conclusiones parciales

Abrimos las puertas de este capítulo con miras a profundizar en las distintas interpretaciones doctrinarias en torno a la expresión concepción como punto de partida del comienzo de la existencia de la persona humana. Nos encontramos con una marcada disparidad de criterios representada por dos fuertes posiciones encontradas: aquellas que defienden la teoría de la fecundación y quienes hacen lo propio con la teoría de la anidación. Ambos sectores doctrinarios sostienen sus argumentos de una manera sólida y coherente, propiciados por la evidente insuficiencia legislativa en torno a este problema jurídico, carencia plasmada fundamentalmente en la ausencia de una definición concreta en lo que a concepción se refiere.

En este sentido también se observó la notoria falta de coherencia entre el artículo 19 y disposiciones civiles contenidas en el libro primero del Código Civil y Comercial destinado a la regulación de la persona humana. Reformulada la redacción propuesta por el Anteproyecto del año 2012, y eliminándose cualquier referencia al doble inicio de la personalidad, definitivamente no resulta acertado plasmar una distinción entre fecundación e implantación en los artículos que lo suceden. Si el propósito del legislador fue eliminar toda expresión que condicionara el ámbito de la concepción debería haber hecho lo propio, entre otros casos, al regular los efectos del nacimiento con vida (Art. 21) o al momento revisar parte de la normativa destinada a regular la filiación por TRHA (Art. 561). Esta notoria omisión arroja más sombra sobre un panorama legislativo que ya luce sensiblemente oscuro.

Párrafo aparte merecen las apreciaciones de la Ley 26.862 y sus vínculos con el instituto jurídico bajo análisis. Un examen de sus disposiciones más significativas revela sensibles carencias no advertidas oportunamente, al menos en lo relacionado con la regulación de la producción y crioconservación de embriones, así como en la precisión sobre las técnicas científicas admitidas en el ámbito de las TRHA. Sus autores parecen haber partido solo desde una base fáctica, sin detenerse a mirar determinados procedimientos que, aunque resulten técnicamente posibles y socialmente aceptables, son posibles de entrar en conflicto con la codificación vigente relacionada con el comienzo de la existencia de la persona humana, añadiendo así un peldaño extra de conflictividad a su tratamiento legal vigente.

**CAPÍTULO III. COMIENZO DE LA EXISTENCIA  
DE LA PERSONA HUMANA: CRITERIOS  
JURISPRUDENCIALES**

## **Introducción:**

La contribución que la jurisprudencia es capaz de aportar al momento de interpretar las normas vigentes, siempre ha sido un elemento de juicio determinante en la tradición jurídica del derecho argentino. Su aporte cobra mayor relevancia en aquellos casos en los que la legislación disponible deviene obscura o insuficiente, y más aún, cuando esta situación se ve agravada al sumarse criterios doctrinarios que discurren por diferentes caminos sin encontrar puntos de coincidencia entre sí.

En virtud de su pertinencia, es el propósito de este capítulo explorar las decisiones de tribunales nacionales e internacionales llamados en causa, analizando sus evaluaciones sobre los alcances del término concepción y su relación con la legislación aplicable a las diferentes plataformas fácticas. Se incluyen en esta consideración fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Suprema Corte de Justicia Argentina y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Mendoza.

### **3.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Con la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al bloque constitucional federal mediante Ley 23.054 y la reforma de la carta magna del año 1994, la República Argentina consiente someterse a las recomendaciones y jurisdicción supraestatal de dos organismos creados por aquel instrumento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un específico reconocimiento de competencia, el estado argentino ha dejado plasmado en el medio de ratificación del mencionado tratado internacional con fecha 14 de agosto de 1984, una declaración en donde reconoce la competencia de ambos organismos por tiempo indeterminado y bajo la cláusula de reciprocidad, aplicable a las situaciones en donde se exige que se interprete o aplique las normas de la Convención.

De esta manera, explica el jurista Bidart Campos (2008), ante la potencial violación de derechos, garantías y libertades consolidadas por la Convención sobre los Derechos Humanos y habiendo agotado las instancias judiciales internas, es posible presentar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este organismo

finalmente resolverá si existen méritos suficientes que justifiquen darle intervención o no a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si así ocurriese, la corte podrá desempeñar funciones consultivas y jurisdiccionales, interpretando la convención y garantizando el goce de los derechos en ella consagrados.

Es en virtud de estas atribuciones, en particular aquella que le confiere autoridad como intérprete de la Convención sobre los Derechos Humanos, que se expondrá seguidamente lo resuelto en un proceso donde la corte realiza una lectura de los alcances de lo normado en el inc. 1 del art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

### **3.1.2 Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica**

El caso "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica" comienza a gestarse a partir de la presunta prohibición legal para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida en el país de Costa Rica vigente desde el año 2000. A consecuencia de esta negativa estatal, nueve matrimonios infértiles que se proponían acceder a las TRHA con sus propios gametos interponen su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Frente a la negativa del estado involucrado de seguir sus recomendaciones, este organismo resolvió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana, ente designado por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, a los fines de elucidar sus cláusulas en caso de surgir discrepancias en su interpretación.

Así fue como, con fecha 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que se considera uno de sus fallos más relevantes dictó sentencia fijando su posición con respecto la interpretación del término concepción contenido en el inc. 1 del art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo en el que se reconoce que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"<sup>14</sup>.

En sus consideraciones, el tribunal refiere a la necesidad de valorar conjuntamente y a la luz de las bases científicas, las expresiones persona, concepción, y ser humano a los efectos de arribar a una interpretación acertada del artículo citado. En este caso, se analizaran los argumentos vinculados especialmente al término concepción, en virtud de la pertinencia con el problema interpretativo expuesto en este trabajo.

Al abordar la expresión mencionada desde esta perspectiva, el tribunal da cuenta que no resulta ser un concepto estático y que de hecho la definición que los redactores albergaban sobre el término concepción al momento de darle forma a la Convención Americana se ha visto modificada sustancialmente con el surgimiento de las TRHA. En efecto, argumenta la Corte, previo a la utilización de estos procedimientos desde el punto de vista científico no se consideraba la posibilidad de fertilizar el ovulo fuera del cuerpo de la mujer. Este principio de línea argumental comienza a sugerir la postura que la corte asumiría con respecto a las dos lecturas que ella misma reconoce existen sobre la expresión concepción, cuyas implicancias se desarrollaron en capítulos previos. Luego de analizar las pruebas expuestas por las partes el tribunal entiende que si bien no existe una opinión consensuada sobre cuando comienza la vida humana, si resulta procedente definir como debe interpretarse el término concepción en el contexto de la Convención Americana. Destaca previo a ello la distinción que realiza el perito Fernando Zegers-Hochschild en atención a los fundamentos biomédicos involucrados, aseverando que, mientras la fecundación es un evento propio de la mujer, la concepción es aquella que comprende también al embrión, observando además las diferencias entre ambos conceptos que realiza el diccionario de la Real Academia Española. Es así como por mayoría los magistrados resuelven:

....que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.

---

<sup>14</sup> Art. 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Aprobada por Ley 23.054. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo...<sup>15</sup>

Finalizan las apreciaciones de la Corte en este sentido, aseverando que no se puede asociar el término concepción con ningún proceso que excluya al cuerpo de la mujer, realizando una clara referencia a las TRHA y considerando que antes de la implantación no corresponde aplicar el art. 4 de la Convención Americana.

Ciertamente no se puede dejar de reconocer que las valoraciones efectuadas por un organismo jurisdiccional de esta jerarquía merecen ser tenidas como un factor a considerar aun cuando el litigio no involucre al estado argentino, máxime si se le concede la potestad de interpretar lo normado por un instrumento que goza de status constitucional. De esta delicada cuestión y su impacto en el derecho interno argentino, se ocupara el próximo subtema.

### **3.1.3 Fuerza obligatoria en el ordenamiento jurídico interno**

Si se trata de determinar la obligatoriedad de las decisiones procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión forzosa es remitirnos al artículo 68 de este tratado internacional. Al hacerlo el texto de la norma nos revela que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”<sup>16</sup>. Una lectura literal de lo prescripto nos llevaría a concluir que únicamente aquellos estados que sometieron la controversia al arbitrio de la Corte estarían alcanzados por la obligación internacional de acatar sus fallos. No ocurriría lo mismo para aquellos países que, habiendo ratificado la Convención Americana y aceptado su

---

<sup>15</sup> C.I.D.H. Sentencia Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, No. 257.14.

<sup>16</sup> Art. 68 inc. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Aprobada por Ley 23.054. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

competencia contenciosa, no formasen parte del proceso en cuestión. A esta última conclusión se arribó durante las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013). En relación a la naturaleza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el tercer despacho de la mayoría fue categórico: “La doctrina del fallo "Artavia Murillo" dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho"(p.1).

Así también lo entienden Tello y Laferriere (2014) al expedirse sobre el carácter de los fallos del órgano judicial interamericano opinando que:

...tener la última palabra en un caso no significa que su doctrina jurisprudencial deba ser necesariamente seguida en otros casos o por otros tribunales. Para ello se necesitaría una regla adicional que establezca lo que en el common law se conoce como *stare decisis* (precedente de obligatorio cumplimiento), cosa que al menos por ahora no existe en el sistema interamericano (p. 2).

Por otro lado, conceder a las sentencias de la Corte carácter obligatorio podría suponer otórgales una fuerza normativa que no fue prevista en el instrumento mediante el que se creó. En este sentido es pertinente destacar lo señalado por el juez Eduardo Vio Grossi, quien intervino en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pero expresándose en disidencia con la resolución adoptada por la mayoría del tribunal. En su opinión el papel de la Corte es “interpretar y aplicar la Convención, y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención”.<sup>17</sup>

En cualquier caso, es digno de mencionar que no existe una opinión definitiva sobre el efecto de las sentencias emanadas por la Corte en el ámbito del derecho argentino, sino que como ocurre con el tema central de este trabajo, el criterio permanece en construcción. Prueba de lo afirmado es la posición de quienes encuentran fundamento jurídico para asignar efecto *erga omnes* a las decisiones del órgano judicial en tratamiento, concediéndoles el mismo grado de eficacia a las sentencias de la Corte que

---

<sup>17</sup> C.I.D.H. Sentencia *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, No. 257.14.



el texto del tratado que ella custodia. Entre los argumentos vertidos para sostener esta posición se alzan las voces doctrinarias como las de Kelmemajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2014), quienes afirman que el fallo bajo análisis termina de completar "...un corpus iuris regional o entramado jurídico de carácter obligatorio para el Estado argentino, imposible de desconocer, contradecir o silenciar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional." Una interpretación que "...resulta de insoslayable aplicación para nuestro país..." (p 1).

Similar punto de vista comparten Gutiérrez Goyochea, y Fernández Leyton (2015) al verter sus opiniones acerca de los desafíos del proceso de constitucionalización del derecho civil argentino. Estas autoras coinciden con la doctrina disidente en que, en lo respectivo a los hechos, los fallos de la Corte Interamericana resultan de cumplimiento obligatorio entre las partes. Sin embargo dado que en su labor judicial este órgano jurisdiccional realiza una interpretación de uno o más derechos receptados en la Convención, para ellas es esta interpretación la cual adquiere una fuerza obligatoria sobre todos los estados que suscribieron el instrumento internacional aportante del derecho de fondo examinado. Esta mirada doctrinal trae aparejada la evidente ventaja de evitar recurrir a la Corte en cada oportunidad que surgen conflictos sobre los mismos derechos comprendidos en un caso previo, lo que a su vez supondría un aprovechamiento eficaz de los recursos para todas las partes involucradas. Esta podría ser la razón explica Villaverde (2015), por la cual:

...los fallos de la Corte IDH no solamente se notifican a los Estados parte en la controversia particular, sino que debe ser "transmitido a los Estados parte de la Convención", conforme lo establece el art. 69, a fin de que tomen conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación efectuada por la Corte IDH, en calidad de "intérprete última" del corpus iuris interamericano (p.4).

Sentadas las bases doctrinarias cabe preguntarse ¿Cuál es la opinión de la Corte Suprema de la República Argentina en este sentido?

En numerosas oportunidades este órgano ha reiterado la posición asumida entre otras en el caso Mazzeo. En dicha oportunidad la Corte sostuvo que: "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" concediendo a sus decisiones el carácter de:

(...)una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".<sup>18</sup>

La opinión de la Corte genera un nuevo desafío ¿Qué idea se pretendió transmitir al asignar a los dichos de la Corte Interamericana la función de “inoslayable pauta de interpretación”? Abordaremos este asunto en las conclusiones parciales. De momento indagaremos sobre uno de los fallos más significativos del máximo tribunal de justicia argentino.

### **3.2.1 Corte Suprema de la Nación Argentina**

Remitirnos a las valoraciones vertidas en cuestiones de comienzo de la existencia de la persona humana por la máxima autoridad judicial de la República Argentina podría parecer innecesario en la medida que el artículo 1 del Código Civil y Comercial apartándose del proyecto de reforma del año 2012, no reconoce en sus fallos a una de las fuentes del derecho, al prescribir lo siguiente:

Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.<sup>19</sup>

Sin perjuicio de ello, es innegable la función que ha desempeñado la jurisprudencia argentina a la hora de interpretar el derecho y adaptarlo a las nuevas

---

<sup>18</sup> C.S.J.N. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad”, Fallos 330:3248 (2007).

<sup>19</sup> Art. 1 del Código Civil Y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

realidades vigentes. Su labor cobra inestimable valor al encontramos con inconsistencias no advertidas por el legislador o en aquellos casos en que la normativa vigente deviene insuficiente. En este contexto y adoptando una visión general en la que entendemos el derecho como la suma de principios, reglas y valores, un examen de la mirada de la Corte Suprema de Nación Argentina sobre el comienzo de la existencia de la persona humana no solo resulta conveniente, sino que se convierte en una tarea ineludible.

### **3.2.2 El fallo “ Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Accion social de la Nacion s/Amparo”**

El caso Portal de Belén llega a las manos de los jueces de la Corte Suprema a través del recurso extraordinario federal, medio de reclamación que permite someter al arbitrio de la Corte aquellos casos en los que se cuestiona la interpretación de alguna norma que integra el bloque constitucional federal. Precisamente una de las principales normas involucradas resultaba ser el inciso 4 del artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo al que nos hemos referido en reiteradas oportunidades a lo largo de este trabajo. La acción es ejercida por la Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén, entidad que perseguía se revocase la autorización para comercializar cierto fármaco de nombre *Inmediat* al entender que el mismo generaba efectos abortivos impidiendo que el óvulo fecundado anidase en el útero materno, fundando su pretensión en la norma invocada *ut supra*.

En sus considerandos la Corte manifiesta que, para resolver la cuestión de fondo, resultaba necesario precisar cuándo acontece el momento de la concepción, determinando si este coincide con la fecundación o por el contrario requiere la anidación del ovulo para concretarse. Luego de valorar la prueba aportada, el Máximo Tribunal de la Nación arriba a una conclusión en la que incorpora una respuesta a esta cuestión. Concluye que la tutela que le corresponde a la persona para ser real y efectiva tiene que concederse “desde el momento en que el individuo vive”, para luego precisar el instante en que ello acontece:

El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los gametos, es decir con la fecundación: en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario... 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 los nueve meses en el vientre materno no cambia esos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación.<sup>20</sup>

En razón de ello y por voto de la mayoría, la Corte resuelve declarar procedente el recurso extraordinario y ordenar al estado se prohíba la comercialización del fármaco cuestionado. Manifiestan su desacuerdo con lo resuelto los doctores Augusto Cesar Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Carlos Fayt y Gustavo Bossert.

Si bien es cierto que desde la pronunciación de la Corte han transcurrido casi dos décadas, su valor jurisprudencial no puede ser pasado por alto, teniendo en cuenta que es la única oportunidad en que el Tribunal se ha expedido claramente sobre los alcances de la concepción y sus implicancias, asimilándolo sin ambages a la fecundación del ovulo.

Indaguemos seguidamente sobre lo resuelto por tribunales de menor jerarquía en lo relativo a la persona humana y sus comienzos.

### **3.3.1 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza. El fallo “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Accion de Amparo P/ Apelación s/ Inc”**

El caso judicial de marras se inicia con la accion de amparo presentada por un matrimonio afiliado a la Obra social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza, a fin de exigir la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida con diagnóstico genético preimplantatorio, recomendada por el profesional genetista que los asistía. En instancias previas y ante la negativa de la Obra Social de otorgar la cobertura médica del procedimiento sugerido, el matrimonio afectado acciona judicialmente contra la prestadora. En su oportunidad el juez de primera instancia rechaza la demanda incoada y posteriormente la Cámara de Apelaciones confirma la decisión del juez *a quo*. Es así como desestimado en estas instancias judiciales, el caso llega ante la máxima autoridad

---

<sup>20</sup> C.S.J.N., “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Fallos: 325:292 (2002).

de la provincia de Mendoza vía recurso de inconstitucionalidad y fundando su pretensión en los derechos a la salud, la procreación y la familia.

Luego de examinar los hechos controvertidos la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza resuelve por mayoría confirmar lo decidido por la Cámara de Apelaciones y rechazar el recurso deducido.

Resultan de especial interés las apreciaciones vertidas por el Juez Pérez Hualde en su voto concurrente. En el mismo, el magistrado entiende que el caso presentado exige expedirse sobre el comienzo de la vida humana y su dignidad en virtud de que ambas cuestiones están involucradas en la selección y descarte de los embriones a implantar. Sobre ello concluye que “El estado embrionario es uno de aquellos por los que atravesamos todos los seres humanos desde el mismo momento en que, como consecuencia de la concepción -dentro o fuera del seno materno-, ya hemos adquirido una identidad única, intransferible e irrepetible.” En estas breves líneas, el Juez Hualde asume una posición frente a la controvertida expresión concepción y por consiguiente el comienzo de la existencia de la persona humana. Al reconocer que este evento puede darse dentro o fuera del seno materno, implícitamente identifica su producción con la fecundación del ovulo. En la misma línea argumental, cuestiona las decisiones a las que hubiese arribado la Corte Interamericana en el fallo *Artavia Murillo*, razonando que lejos de custodiar la convención que le dio nacimiento, colisiona con sus principios, volcando apreciaciones con pretensión normativa que exceden la cuestión planteada en autos. Discrepa con su colega preopinante el Juez Palermo, sosteniendo su posición en el hecho de que una interpretación amplia de la Ley de Reproducción Médica Asistida, como la efectuada por cierto sector de la doctrina nacional, la jurisprudencia internacional (en una clara alusión al fallo *Artavia Murillo*) y el Derecho comparado, nos lleva a la conclusión de que el DGP, es una práctica amparada por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>21</sup>

Es pertinente mencionar que contra este pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario que al verse denegado, motivo la interposición de la correspondiente queja ante la Corte Federal. Esta última declara procedente el recurso

---

<sup>21</sup> S.C.J.M. SALA N° 1, “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Accion de Amparo P/ Apelación s/ Inc.”, J. 221.605/50.235 (2014).

extraordinario pero confirma la sentencia apelada. Todo ello sin expresarse sobre las cuestiones vertidas por el Juez Pérez Hualde, argumentando que la tarea de la Corte es arrojar luz sobre la inteligencia de las normas federales y que esto no implica necesariamente el tratamiento de todos los asuntos puestos a consideración, sino solo los que propicien una resolución del caso *sub examine*. De esta manera, evito dar precisiones sobre la concepción y su relación con el comienzo de la existencia de la persona humana.

### **Conclusiones Parciales**

Tal como fuera anunciado en la introducción, se resolvió la inclusión de este acápite a los fines de determinar si el aporte de la jurisprudencia guarda el potencial de brindar mayores precisiones sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, delimitar los alcances de la expresión concepción y de esta manera complementar al articulado jurídico destinado a regular la figura de la persona en el derecho argentino. En atención a ello comenzaremos analizando las decisiones a las que arribo la Corte Interamericana en el fallo *Artavia Murillo*. Como dato significativo, resulta pertinente señalar que en lo resuelto, la Corte establece con claridad cuál es su criterio en relación al momento en que acontece la concepción, equiparando este evento a la anidación en el útero materno.

En virtud de esta categórica afirmación es que surge el interrogante ¿Cómo impactan sus conclusiones en el ordenamiento jurídico argentino?

Una vez más las opiniones de la doctrina no encuentran consenso, siendo diversas las apreciaciones vertidas por los especialistas en este sentido. Buscando adoptar una postura, se enfocara la atención en algunas cuestiones de cierta relevancia. Por un lado, si bien es cierto que al sumar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad federal la República Argentina asumió el compromiso jurídico de adecuar su legislación a lo normado por este instrumento y lo interpretado por la Corte Interamericana, este compromiso de ninguna manera puede ser ilimitado. Tal es así que los primeros límites que se observan están impuestos por el mismo artículo 68 inciso 1 de la Convención, artículo contundente al prescribir que son solo los estados parte aquellos que se comprometen a acatar las decisiones de la Corte. Concederles un alcance diferente supondría otorgarle un poder jurídico que ni siquiera nuestra Corte

Federal ostenta: la facultad de modificar o hasta derogar las leyes argentinas. De hecho este mismo órgano judicial, ha sido conteste sobre los efectos de la Corte Interamericana, asignándole el rol de “insoslayable pauta de interpretación”<sup>22</sup>. Una declaración que si bien no resulta totalmente clara, de ninguna manera puede interpretarse como un pronunciamiento sugiriendo que las sentencias de la Corte Interamericana ostentan la condición de manda con absoluto carácter obligatorio. En el mejor de los casos, su criterio podría ser utilizado como una referencia al momento de dirimir sobre cuestiones similares.

¿Está la jurisprudencia argentina en condiciones de completar esta insuficiencia jurídica?

La respuesta es no. Es cierto que tanto la Corte Suprema de la Nación Argentina y en épocas más recientes la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza se han expedido sobre lo que se entiende por concepción, asimilando la producción de este estado jurídico a la fecundación. Sin embargo en ninguno de los dos procesos lo resuelto en autos exhibió un carácter unánime, siendo los criterios de los magistrados divergentes en cuanto a la cuestión planteada. Más aun, en el caso de la Corte Provincial, la cuestión que nos ocupa se abordó de manera tangencial, advirtiéndose que el tema central del proceso resulto ser una práctica médica y no la naturaleza de la concepción. Como corolario de esta línea argumental, cabe recordar el papel que desempeña la jurisprudencia en el derecho argentino una vez sancionado el nuevo Código Civil y Comercial. No es un dato menor señalar que se ha excluido su función como fuente del derecho, conservando sus sentencias únicamente la posición jerárquica que detenta en relación a los tribunales inferiores y el valor que la tradición jurídica Argentina le ha concedido.

---

<sup>22</sup> C.S.J.N. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad”, Fallos 330:3248 (2007).

**CAPÍTULO IV. EL DERECHO COMPARADO.  
SOLUCIONES ADOPTADAS EN MATERIA DE  
PERSONA HUMANA**



## **Introducción**

Disciplina de reciente creación, el derecho comparado permite estudiar sistemas de derecho diferentes y autónomos, buscando puntos de coincidencia y diferencias entre ellos que permitan aportar conocimiento y revelar potenciales carencias pasibles de ser corregidas. Cuando surge la necesidad de analizar una institución de derecho nacional, su utilización nos facilita identificar con claridad tanto aciertos como errores, al tiempo que propicia una variedad de soluciones alternativas enriquecedoras que buscan perfeccionar el ordenamiento jurídico sobre el cual se trabaja.

Es con este propósito que se hará una breve reseña a los sistemas jurídicos de otros países, indagando sobre las ventajas y desventajas de la forma elegida para regular el comienzo de la existencia de la persona humana y tomando en consideración el hecho de que la legislación contemporánea argentina se ha inspirado en las soluciones legales de otros estados.

### **4.1.1 La persona humana según el criterio de distintos ordenamientos jurídicos**

Una mirada global sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, nos revela que si bien existe consenso en el comunidad jurídica internacional en lo relacionado con su reelevancia, no existe coincidencia en la legislación positiva con respecto al momento en que este se produce. De acuerdo con Pulgar Ezquerro, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería (2012), se distinguen 4 teorías principales sobre la cuestión que se describirá someramente a continuación:

1.- Teoría de la concepción. Se trata de la teoría dominante en el ordenamiento jurídico argentino. Como se ha puesto oportunamente de relieve, su principal dificultad radica en determinar con exactitud cuándo acontece el momento referido.

2.- Teoría del nacimiento. Esta teoría afirma que la persona comienza su existencia con el nacimiento, sujetándolo a la concurrencia de tres requisitos: que este se produzca con vida, que exista un desprendimiento total del útero materno y por último que el recién nacido tenga forma humana.

3.- Teoría ecléctica. La teoría ecléctica también confiere personalidad desde el nacimiento, pero adoptando un criterio protectorio que reconoce en el no nacido una serie de derechos retroactivos a su concepción que se harán efectivos con su alumbramiento.

4.- Teoría de la viabilidad. Esta teoría coincide en sostener que la personalidad se adquiere con el nacimiento, pero condiciona dicha adquisición a que el concebido nazca vivo y con suficiente aptitud para continuar su vida de manera autónoma.

Usando como punto de partida esta base teórica, analizaremos brevemente la codificación civil de diferentes países que reconocen la personalidad una vez que se ha alcanzado determinados estados y cumplido con ciertas condiciones, así como sus respectivas consecuencias jurídicas.

#### **4.1.2 Código Civil Español y Ley 14 del 26 de mayo de 2006**

El momento elegido por la codificación Española para señalar el comienzo de la existencia de la persona aparece en el artículo 29 del Código Civil de este país, conteniendo la siguiente prescripción: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.<sup>23</sup> El siguiente artículo, el artículo 30, pasa a especificar las condiciones necesarias a cumplir para que la personalidad se haga efectiva: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.<sup>24</sup>

De lo normado se infiere que la legislación española ha optado por una composición que incluye la teoría ecléctica y la teoría de la viabilidad, al momento regular el comienzo de la existencia de la persona humana.

Resulta claro que, aunque la personalidad se concede desde el nacimiento y con las condiciones previstas en el artículo 30, se establece una regla de protección al concebido que le permite disfrutar de ciertas prerrogativas que eventualmente podrá

---

<sup>23</sup> Art. 29 del Código Civil Español. Aprobado por las Cortes Generales de España.

<sup>24</sup> Art. 30 del Código Civil Español. Aprobado por las Cortes Generales de España.

reclamar cuando adquiriera los derechos propios de la persona o inclusive podrán hacerlo sus representantes legales por él mientras se encuentre en esta condición de pendencia jurídica.

La fórmula utilizada en el cuerpo civil ibérico, a saber, “para todos los efectos que sean favorables” otorga una tutela de amplio carácter en la opinión de Dr. Antonio Fayos Gardó (2012). Este doctrinario español cuenta entre los derechos del concebido, temas sucesorios y donaciones, al tiempo que estima que la postura adoptada “abre la puerta a cualquier supuesto no contemplado expresamente en la ley y que le sea favorable al nasciturus. Y ello supone no necesariamente circunscribirnos al ámbito patrimonial sino que también alcanza a materias que no tengan este carácter”. (p.95). Se podrían incluir entre estos efectos jurídicos favorables, los derivados del derecho al honor y la intimidad aun desde el periodo gestacional.

Si lo que se busca es proteger los intereses del concebido, ¿Por qué no otorgar la personalidad antes del nacimiento, verbigracia, desde la concepción? En principio esta elección parece obedecer a la tradición jurídica europea. Esta transita mayormente sobre el camino de la teoría ecléctica, no encontrando óbice para hacerlo en virtud de la ausencia de una norma constitucional o supranacional que obligue a reconocer la personalidad desde la concepción. Por otra parte sujetar al nacimiento con vida la titularidad de los derechos, otorga cierto margen de libertad jurídico para imponer limitaciones al concebido justificadas en el hecho de que carece de una vida social independiente y que sus relaciones solo tienen proyección a través de su madre. Este margen de libertad también resulta funcional al momento de resolver cuestiones en donde la protección al no nacido, colisiona con otros intereses dignos de tutela. Condición que se observa al indagar sobre las leyes destinadas a regular las prácticas de reproducción humana asistida. La legislación especial que aborda esta cuestión, la Ley 14, de 26 de mayo de 2006, evidentemente considera los derechos a la procreación y la salud como prioritarios en relación a la vida del embrión producido a través de TRHA, al cual la normativa resuelve llamar preembrión, “entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14

días más tarde”.<sup>25</sup> Una ponderación que se ve reflejada el inciso 4 del artículo 11 de la referida ley, el cual se transcribe a continuación.

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.

b) La donación con fines reproductivos.

c) La donación con fines de investigación.

d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.<sup>26</sup>

Sin ambages y con la venia de una legislación civil que no admite su personalidad, la regulación española de TRHA contempla expresamente diferentes destinos para el ovulo fecundado, utilidades que no podrían ser consentidas en un marco regulatorio diferente, sostenido en una teoría de la persona más restrictiva. Este es el caso de la donación con fines de investigación. ¿Qué implicaciones se derivan del mencionado precepto? En principio, supone la generalización de una autorización para experimentar sobre todos los embriones sobrantes de técnicas de reproducción humana asistida, con los evidentes dilemas ético/jurídicos que ello admite. No podemos obviar que en estos términos se deja abierta la posibilidad de que sean comercializados y usados de manera industrial, independientemente de que se hallen con vida y/o sean viables. Más controvertida aún resulta ser la solución propuesta en el inciso siguiente, el cual autoriza el cese de la crioconservación sin otra utilización, licencia que permite la descongelación del embrión sin otro propósito que el que dejarlo morir. De sendas disposiciones se puede inferir que la protección brindada al concebido en el artículo 29 del código civil español, no es suficiente para amparar su derecho a la vida cuando este se ve enfrentado al derecho

---

<sup>25</sup> Art. 1 inc. 2 de la Ley 14, de 26 de mayo de 2006. Aprobada por las Cortes Generales de España.

<sup>26</sup> Art. 11 de la Ley 14, de 26 de mayo de 2006. Aprobada por las Cortes Generales de España.

a la reproducción, prerrogativa que en este contexto se percibe exacerbada dentro de la legislación española.

Similar planteo legislativo se observa al analizar las disposiciones referentes al diagnóstico preimplantacional. El artículo 12, referido a esta técnica, prescribe lo que sigue:

Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional.

1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso<sup>27</sup>.

¿Qué valoraciones son susceptibles de efectuar en torno a la normativa transcrita?

En principio aquellas vinculadas a la expresa admisión del diagnóstico genético preimplantacional con diversas finalidades. La más evidente surge de lo legislado en el primer inciso de este artículo el cual autoriza su uso para resolver problemas de

---

<sup>27</sup> Art. 12 de la Ley 14, de 26 de mayo de 2006. Aprobada por las Cortes Generales de España.

infertilidad y prever posibles patologías que pudiesen comprometer la vida del embrión o la calidad de la misma en la futura persona a la que dará lugar. Esta función trae implícitamente aparejada la eliminación de aquellos embriones cuya evaluación científica en orden a su condición genética, los califico como menos adecuados para su implantación. El siguiente inciso parece apartarse de la finalidad del cuerpo legal que lo contiene, otorgando una concesión que en el mejor de los casos aborda de manera tangencial al derecho a la reproducción, el uso de esta técnica con fines terapéuticos para terceros. El objetivo de la disposición a la que se alude, queda en evidencia al ejemplificarlo con una situación frecuente en nuestra sociedad, la existencia de un niño diagnosticado con una enfermedad incurable desde la perspectiva médica actual. En este caso, el inciso 2 del artículo 12, estaría permitiendo concebir mediante TRHA a un embrión saludable que llegado el momento podría convertirse en un donante sano con el potencial de sanar la dolencia de quien padece de la afección terminal. Procedimiento cuyo resultante “ha venido en denominarse popularmente como “bebés terapéuticos”, “niños medicamento”, “niños a la carta” o “niños de diseño””(Verdera Izquierdo, 2007, p. 202).

Más allá de las consideraciones éticas que podrían poner de relieve estas disposiciones, cabe indagar sobre lo que sus principios nos revelan como parte integrante del sistema jurídico destinado a regular el comienzo de la existencia de la persona humana. En este sentido se advierte claramente que admitir el uso del DGP para seleccionar embriones viables o aptos para fines terapéuticos, así como autorizar su destrucción sin más, reafirma la vigencia de la misma política legislativa que dio origen al artículo 29 del código civil español. Difícilmente se podrían tolerar prácticas semejantes si se concediera el status de persona al concebido. Esta posibilidad solo resulta aceptable en un ordenamiento jurídico donde el nacimiento es el acontecimiento que determina la personalidad, siendo el caso español un referente en este sentido.

#### **4.1.3 Código Civil Peruano y Ley 26.842**

El primer artículo del Código Civil peruano, establece una clara diferencia entre este y la esfera de la legislación comparada, al exhibir un método y estilo diferente al del común de las legislaciones de otros países para dar tratamiento a la persona humana y sus

comienzos. El libro primero emprende la tarea de regular los derechos de las personas naturales brindando una incontrovertida definición sobre su inicio, cuyo contenido se transcribe a continuación: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.<sup>28</sup>

De una lectura superficial de esta disposición podría inferirse que el legislador peruano ha adoptado la teoría ecléctica de la personalidad sumando elementos de la teoría de la viabilidad para determinar el comienzo de la existencia de la persona humana, en coincidencia con la normativa española que se ha analizado en el apartado anterior. No obstante ello, la incorporación de ciertas notas distintivas que modifican notablemente el tratamiento al concebido que le dispensa el país europeo, podrían llevarnos a una conclusión diferente. En efecto, luego de determinar el momento en que se adquieren los derechos propios a la persona, establece dos pautas de gran significación en donde se observa lo indicado anteriormente, a saber, el inicio de la vida humana coincidente con la concepción y su condición de sujeto del derecho para todo cuanto le resulte favorable. En este sentido, merece especial consideración la distinción que el codificador peruano realiza sobre las expresiones sujeto de derecho y persona, términos que en general se superponen en el ámbito jurídico, tratándose como expresiones equivalentes.

Esta técnica legislativa explica Sessarego (2001) encuentra su razón de ser en la visión formal de la persona, la cual entiende que el derecho siendo un sistema de normas, debe conceptualizar a la persona dentro del ámbito de la normatividad. La nueva categoría, sujeto de derecho, permite entonces atribuir deberes y derechos a manifestaciones de la vida humana que la doctrina y legislación peruana no reconocen como persona. Una elección que a su criterio:

...tiene su fundamento en la observación de la realidad, es decir en la experiencia jurídica, que es donde hallamos el derecho vivo. En la experiencia jurídica observamos que no sólo actúan como sujetos de derecho - es decir, como entes a los que se atribuyen situaciones jurídicas subjetivas - la persona natural y la persona jurídica, como tradicionalmente se advertía, sino que en ella siguen actuando, desde tiempos remotos, la “organización de personas no

---

<sup>28</sup> Art. 1 del Código Civil Peruano. Congreso de la República del Perú.

inscrita” y el “concebido (...). En la actualidad podemos sostener, por consiguiente, que el concepto de “sujeto de derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico atribuye situaciones jurídicas subjetivas, es decir, deberes y derechos. En la realidad, en la experiencia jurídica, el concepto formal de “sujeto de derecho” se refiere, siempre, al ser humano. Es decir, al ser humano en sus cuatro maneras de presentarse en el mundo, desde su concepción hasta su muerte. Cuatro “maneras de ser” que son asumidas y reguladas por el derecho a través del ordenamiento jurídico (p. 314).

¿Qué ventajas supone la incorporación de esta categoría jurídica, complementando formalmente al concepto de persona?

En principio otorga al concebido un estatus privilegiado, que no solo le permite evadir todas aquellas obligaciones que no actúan en su favor, sino que además consagra una protección que ampara sus derechos a la vida e integridad física entre otros. Al decir de Monge Talavera (2003):

...Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece. Lo que equivale a decir que goza de una capacidad limitada. En efecto, según el artículo primero, "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (p. 197).

Cabe preguntarse si esta solución luce coherente con los instrumentos internacionales que ha suscripto Perú, entre ellos la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, advirtiéndose que al menos desde lo lingüístico podría generar dudas sobre su consistencia normativa. Se recuerda que la codificación civil de este país considera persona al ser humano recién a partir de su alumbramiento mientras que, como se ha mencionado oportunamente, este instrumento internacional exhorta a hacerlo a partir de la concepción.

En cualquier caso e independientemente de si la incorporación de esta categoría jurídica sea o no acertada, lo concreto es que el Código Civil Peruano nada dice sobre la concepción y cuando esta se produce, limitándose a prescribir que la vida humana comienza con ella, no existiendo tampoco en la legislación de este país norma alguna que se aboque a definir su comienzo. Nos encontramos nuevamente con un problema jurídico



de compleja solución. Problema que también ha generado se alcen las discordantes voces de la doctrina.

Representando a la doctrina mayoritaria, Fernandez Sessarego (2005) afirma lo que sigue:

...la ciencia considera que la vida humana del concebido no aparece en el instante de la implantación del embrión en el útero, acto comúnmente conocido como 'anidación', sino en el de la fusión de los núcleos de los gametos femenino y masculino. Si recién en la anidación apareciese un nuevo ser viviente no se explica que clase de ser es aquel que, surgiendo en el momento de la concepción o fecundación, existe en el cuerpo de la madre hasta su implantación en el útero (p.44).

En el otro extremo de la línea doctrinaria, surgen discordantes opiniones como las expresadas Monje Talavera (2003) quien interpreta que:

...el artículo primero se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, concepción es la "acción y efecto de concebir"; a su vez concebir significa "quedar preñada la hembra". En otros términos, la concepción de un ser humano supone, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno (que se produce al final de las dos primeras semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células).

En consecuencia, el principio consagrado en el Código según el cual "la vida humana comienza con la concepción", debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción) (p.196).

Es así como, pese a lo novedoso de la posición peruana con relación a la creación de la categoría jurídica denominada sujeto de derecho, persisten los desencuentros en relación al momento que dicho amparo debe otorgarse al concebido y por supuesto surgen cuestionamientos sobre el estatus jurídico que correspondería al embrión que ha sido producto de las TRHA. En cuanto a estas últimas prácticas, pese a que se realizan frecuentemente en centros de salud particulares, Perú no ha sancionado aun una

normativa específica que regule el avance de la genética y su influencia sobre las relaciones sociales. Solo se pueden encontrar de manera dispersas algunas prescripciones sobre la materia que resultan escasas para dar efectiva protección jurídica al sujeto de derecho. Entre ellas se cuenta la Ley General de Salud, N° 26.842 la cual en su artículo 7 señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.<sup>29</sup>

Resulta evidente la insuficiente cobertura que ofrece la única ley que se refiere a las TRHA, dejando de lado numerosas cuestiones que exigen directrices claras. Aunque se concede el permiso legal para valerse de estas prácticas con fines procreativos, lo hace de forma exageradamente general, guardando silencio sobre los aspectos más polémicos que su uso genera. De esta manera permanecen sin regulación el destino de los embriones sobrantes, su crioconservación, así como el uso de los mismos para fines experimentales o terapéuticos. Lo mismo se observa en relación a las técnicas de diagnóstico genético tendientes a seleccionar los embriones más aptos para su posterior transferencia. En cualquier caso, la ausencia de un plexo normativo que aborde cada una de estas cuestiones se manifiesta como una seria carencia dentro de un sistema jurídico que afirma proteger al sujeto de derecho desde su concepción.

#### **4.2.1 Análisis comparativo con el derecho argentino**

Se indagará seguidamente en las similitudes y diferencias entre el tratamiento legal conferido a la persona humana por la República Argentina y la legislación de los países elegidos como pauta de comparación, España y Perú.

---

<sup>29</sup> Artículo 7 de la Ley N° 26.842. Congreso de la República del Perú.

En relación a sus inicios recordamos que el cuerpo civil argentino señala en el artículo 19 que la persona comienza su existencia con la concepción. ¿Qué ocurre con los textos homólogos de España y Perú? En sus artículos 30 y 1 respectivamente, coinciden en conceder la calidad de persona solo a partir del nacimiento con vida. Esto no significa que las dos últimas legislaciones coincidan en el tratamiento otorgado a la figura bajo análisis. De hecho, introduciendo una novedad en la materia la legislación peruana crea una categoría jurídica que permite diferenciar a la persona del sujeto de derecho, estableciendo entre este último, la persona y el concebido, una relación de género/especie, situación que no se observa en el ordenamiento jurídico argentino ni en el español.

¿Cuáles son las implicaciones de cada opción legislativa?

Al reconocer a la persona desde el nacimiento España evita la creación de conflictos con el restante ordenamiento jurídico, pudiendo admitir una amplia libertad de procedimientos vinculados a las TRHA y brindando una consistencia legal que minimiza la posibilidad de discutir la validez de las normas involucradas vía jurisprudencial. En el caso de Perú, la técnica usada cierra el debate acerca de si el derecho debe conceder el status de persona o limitarse simplemente a reconocerlo, brindando una solución capaz de satisfacer a ambas posturas antagónicas.

¿Sería ventajoso para el sistema jurídico argentino adoptar alguno de estos modelos?

Difícilmente, al traer a cuenta los compromisos internacionales asumidos que obligan a este estado a reconocer a la persona desde la concepción. Aun tratándose del modelo peruano y salvando las discrepancias de carácter lingüístico entre sujeto de derecho y persona sosteniendo el mayor carácter protectorio del primero, nada aportaría a su suficiencia. De hecho ambos estados se enfrentan al mismo desafío, determinar que se entiende por concepción y sus alcances. Así lo evidencian las idénticas posiciones doctrinarias en oposición, aquellas que defienden la teoría de la fecundación y quienes entienden que la concepción acontece en un periodo posterior la anidación. La normativa peruana necesita resolver este dilema jurídico a los fines asignar la categoría de sujeto de derecho al concebido. La legislación argentina, a su vez, busca una solución en este sentido con el propósito de conceder o no la condición de persona.

No podría abordarse el tratamiento jurídico de la persona sin poner atención a las disposiciones que atienden a las cuestiones vinculadas con las TRHA. En este caso la forma elegida por cada país para legislar estas prácticas es sensiblemente diferente.

En relación a ello es significativo mencionar que solo España y Argentina poseen una regulación específica en la materia, advirtiéndose tanto similitudes como diferencias entre ellas.

Una mirada de cerca a sus disposiciones nos revela como único factor común entre los tres ordenamientos jurídicos la autorización expresa para recurrir a las TRHA como medio alternativo de procreación. Se presentarán a continuación las formas que los caracterizan.

La nota distintiva en la legislación peruana, es la ausencia de una ley especial destinada a dar un marco legal a los interrogantes que plantea el uso de este medio alternativo de procreación, toda vez que la Ley General de Salud abrió la puerta para su realización y siendo la fertilización asistida una realidad cotidiana en la región. Claramente su ordenamiento jurídico no está exento de enfrentar los clásicos desafíos implícitos en el tema, la crioconservación de embriones, el destino de los sobrantes así como la realización de diagnósticos genéticos sobre los mismos.

Estos problemas parecen estar resueltos en el sistema jurídico español, el cual ha asumido una política legislativa coherente con su posición sobre el comienzo de la existencia de la persona. Con el claro objetivo de desplazar cualquier objeción sobre las amplias facultades que ofrece la Ley 14, de 26 de mayo de 2006 para crear y manipular embriones, instituye un nuevo estado de desarrollo celular llamado preembrión, consistente en el grupo de células resultantes de la división del ovulo fecundado hasta el día 14. Partiendo desde este terreno, la normativa indicada admite las más variadas medidas y procedimientos entre las que se cuentan la producción ilimitada de embriones, su donación aun para fines científicos, el destruirlos sin mediar razones y el uso del DGP buscando tanto anomalías que comprometan su viabilidad, como compatibilidades genéticas para que estos sean usados con propósitos terapéuticos.

Por lo expuesto, la técnica legislativa elegida por el país ibérico para regular las TRHA, sin duda resulta completa y consistente con su restante ordenamiento jurídico.

Claramente este abanico de posibilidades no se observa en la legislación argentina, la cual parece haberse quedado a mitad de camino entre una posición que reconoce la personalidad del embrión y otra que no lo hace. Se exponen algunas razones. En una aparente consonancia con la teoría de la fecundación, la Ley 26.862 no incluye ninguna referencia al preembrion o concepto que se asemeje a este. Al mismo tiempo, si bien se autorizan las TRHA, su uso se ve confinado al ámbito reproductivo, dejando de lado al menos de forma expresa todo tipo de medida o práctica de carácter utilitario.

En el otro extremo de la misma normativa aparece el silencio a la hora de abordar el destino de los embriones crioconservados. Esta omisión estaría sugiriendo que previo a su anidación no se les estaría confiriendo su personalidad, siendo esta una interpretación potencial que podría explicar una imprevisión de esta naturaleza.

Similar ambivalencia se ve plasmada en las disposiciones tendientes identificar las prestaciones comprendidas dentro de las TRHA, prácticas que no se enuncian expresamente ni tampoco se prohíben. En efecto, el decreto argentino destinado a reglamentar su uso nada dice al respecto, delegando en la autoridad de aplicación la potestad de dirimir estos temas, organismo que hasta el momento no se ha expedido sobre el particular.

No se puede dejar de reconocer que abordar la licitud o no de las técnicas de DGP sobre los embriones emulando a la legislación española, proyectadas como métodos para buscar anomalías que comprometan su viabilidad así como la compatibilidad embrionaria necesaria para ser usados con fines terapéuticos, resulta ser una responsabilidad que de seguir eludiéndose, seguirá generando la utilización de la vía judicial para encontrar respuestas satisfactorias.

En estos términos queda expuesta la inferioridad del ordenamiento jurídico argentino cuando se trata de determinar el comienzo de la existencia de la persona humana y las consecuencias que se derivan de ello. Este es uno de los casos en los que se observa que la abstención es una decisión en sí misma, adoptando la forma de una posición intermedia que impacta negativamente en el cumplimiento del deber del estado a la hora de velar por los derechos de sus habitantes.

## Conclusiones Parciales

El análisis efectuado en este capítulo, pretendió poner de relieve el posible carácter inadecuado e insuficiente de que el derecho argentino le confiere al tratamiento de la persona humana. De la comparación efectuada surgen varias apreciaciones. En términos generales lo investigado sugiere que optar por la teoría de la concepción como punto de partida para legislar sobre el comienzo de la existencia de la persona, se puede reputar como un acierto del estado argentino. Si bien otros países, entre los que se cuenta España, la técnica legislativa elegida parece ser más precisa y suficiente al evitar conflictos normativos con su restante codificación positiva, esta resulta ser una permisión que la Argentina no puede consentir toda vez que los compromisos asumidos por los instrumentos sobre derechos humanos suscriptos en el ámbito supranacional, le impiden darle un tratamiento similar al de este país Europeo. De otra manera adoptar la teoría ecléctica sobre la personalidad y reconocer a la persona solo desde el nacimiento y bajo ciertas condiciones, supondría exponerse a un control de convencionalidad que podría no ser superado.

Por otra parte, la elección normativa implementada por Perú se presenta como una alternativa novedosa en materia de persona humana al efectuar una interesante distinción entre persona y sujeto de derecho. Esta solución podría otorgar cierto margen de libertad a los operadores jurídicos para legislar sobre los diferentes esferas de la existencia humana sin hacer surgir alguna clase de problemas normativos y evitando vulnerar los derechos que le son propios, asignándoles a las especies persona y concebido diferentes niveles de protección. Sin embargo tal como ocurre en el universo jurídico argentino, Perú no ha podido resolver la ausencia de una definición precisa en cuanto a cuando acontece la concepción, generando intensos debates al menos en el ámbito doctrinario. Ello sin mencionar la posible colisión preceptiva entre su cuerpo civil y los compromisos internacionales ya mencionados.

Por lo expuesto, incorporar soluciones similares a las legislaciones examinadas no resulta ser una alternativa viable ni conveniente en virtud de los argumentos esgrimidos, debiendo mantener la base normativa que reconoce a la persona desde la concepción, quizá con algunas modificaciones que le otorguen mayor exactitud.

## CONCLUSIONES

Se comenzó este trabajo preguntándose sobre la suficiencia del ordenamiento jurídico argentino en ocasión de brindar un concepto claro y preciso sobre el comienzo de la existencia de la persona humana. En atención a ello, en la principal hipótesis planteada se sostuvo que el derecho argentino no posee la completitud necesaria para regular este aspecto esencial de todo sistema legal. Los resultados obtenidos efectivamente corroboran esta apreciación inicial, realidad que se ve plasmada en los intensos debates que la búsqueda de esta problemática noción ha generado tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, discusiones estériles en cuanto a lo que ha arribar a un consenso unánime se refiere. En efecto, al indagar en las soluciones adoptadas en el derecho comparado, se observa que un tratamiento legal más completo y consistente, podría armonizar las verdades discordantes de la doctrina y evitar la utilización de la vía jurisprudencial como medio para la resolución de los conflictos que las señaladas carencias legislativas hacen surgir.

Es en orden a fundamentar lo expresado previamente, que se expondrán a continuación los hallazgos más significativos que un examen de la legislación, doctrina y jurisprudencia consiguió aportar.

Marcan el inicio de este recorrido las conclusiones a las que el análisis del ámbito legislativo y sus antecedentes ha permitido arribar.

Una interpretación integral entre cuyos elementos se incluyen el código civil derogado, los anteproyectos del año 1998 y 2012 así como la redacción final del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, señalan en primer lugar las notorias dificultades al momento de encontrar un marco regulatorio consensuado toda vez que se aborda el problema de cuando otorgar a la vida humana el status de persona. En un escueto adelanto en este sentido, parece haberse dejado atrás las dificultades relativas a la naturaleza de la persona y en dicho avance las interpretaciones más actuales coinciden en la innecesaridad de caracterizar a este ente, entendiendo que se trata de un concepto anterior a la ley y como tal el derecho no debería de manera arbitraria, negar o conceder la condición de persona. Una sólida idea que en apariencia no parecería dar lugar a diferentes lecturas interpretativas. Sin embargo la realidad jurídica indica lo contrario. Partiendo desde idéntico paradigma, los proyectos de reforma de 1998 y 2012, efectúan

propuestas totalmente disimiles sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, incluyendo la más reciente una referencia directa a un sistema de doble inicio de la personalidad. Cabe mencionar que esta última propuesta no obtuvo recepción en el cuerpo civil vigente el cual adopto la teoría de la concepción sin reservas de ningún tipo a la hora de otorgar certeza al momento en que principia la persona humana. Se considera acertada la elección legislativa por los siguientes motivos:

1) Si se acepta a la persona como dato de la naturaleza, asignar un momento ulterior para indicar sus comienzos (anidación), no parece ser una solución coherente con la línea doctrinal admitida.

2) Una mirada al bloque de constitucionalidad federal nos revela una mayor consistencia entre la redacción final del artículo 19 y los compromisos asumidos a través de la suscripción de instrumentos internacionales que versan sobre los derechos humanos, ninguno de los cuales hace referencia específica a la implantación. Todo ello sin perjuicio de la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas implicaciones serán objeto de examen posterior.

No obstante lo afirmado, un análisis sistémico del articulado civil argentino, estaría revelando serias inconsistencias que afectarían su condición de suficiente al momento de abordar la cuestión puesta bajo examen. Sobrado ejemplo de lo afirmado, resulta ser la eliminación de toda referencia en el artículo 19 a la implantación como forma de concepción. Tomada esta decisión, no se comprende la razón que justifique que la expresión aludida vuelva a surgir en diferentes disposiciones civiles referidas a la persona, sembrando una indeseable confusión sobre sus inicios. Puede presumirse que la señalada negligencia obedece principalmente a la premura del Poder Ejecutivo por sancionar el cuerpo civil cuya reforma se pretendía. Estas exigencias tal vez hayan obligado al legislador a aprobar un texto de esta trascendencia, sin destinar el tiempo que esta colosal tarea ameritaba, elemento que quizá le hubiese permitido advertir los descuidos indicados.

En segundo término se ha observado que, en un intento por suplir las deficiencias señaladas, las voces de la doctrina se han alzado pero de manera discordante, efectuando diversas lecturas al abordar idénticas disposiciones civiles y su relación con el comienzo de la existencia de la persona humana. Se cuentan entre estas últimas, las referidas a la



duración del embarazo, los efectos del nacimiento con vida y aquellas vinculadas a la filiación por TRHA. Esta disparidad de criterios sobre la manera que debe entenderse el termino concepción utilizado en el artículo 19 no hace más que confirmar lo afirmado oportunamente, esto es, la carencia de elementos jurídicos para otorgarle precisión a este evento.

Las evidentes divergencias teóricas encontrarían su razón de ser en el presunto descuido del legislador a la hora de revisar la consistencia del Código Civil y Comercial, el cual ha traído como lógica consecuencia que ambos sectores doctrinarios cuenten con la posibilidad de hallar en un recorrido por su articulado, sólidos argumentos que les resulten funcionales al momento de respaldar sus diferentes apreciaciones.

Arroja más obscuridad sobre el ámbito de la persona y sus comienzos, ciertas disposiciones contenidas en la Ley 26.862, destinadas a regular las TRHA. Esta ley parece guardar más consistencia con la propuesta de la comisión reformadora del 2012, que con la actual redacción del artículo 19. En efecto, lo normado por este instrumento sugiere un planteo legislativo limitado a reconocer legalmente lo que ocurre efectivamente en los hechos, evitando profundizar demasiado en la legitimidad de los mismos. Así lo revelan la ausencia de precisiones en cuestiones como el destino de los embriones crio conservados y la vaguedad con que regula las prácticas asociadas, entre ellas el DGP. Esta apreciación puede verse sostenida al tomar nota de la especificidad con que el derecho comparado, en especial el español, atiende cada cuestión derivada de las TRHA, coherentes con su política legislativa en materia de adquisición de la personalidad.

Por supuesto las contribuciones que la jurisprudencia ha ofrecido en este ámbito, merecen atención especial. En ocasión de analizar su aporte, se buscó determinar si este consigue suplir las carencias observadas en el tema que nos ocupa. En atención a ello, si bien es cierto que tanto tribunales nacionales y supranacionales se han expedido en relación a la naturaleza de la concepción, no hay coincidencias entre la tendencia jurisprudencial nacional y su par supranacional.

Podría suponerse que la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería prevalecer por sobre el criterio jurisprudencial nacional, completando entonces las disposiciones del artículo 19 al definir concepción como implantación. Sin embargo,

dotar a los fallos del órgano interestatal mencionado de semejante fuerza jurídica, sería concederle un excesivo poder, facultad que ni siquiera la Corte Federal argentina posee, sin mencionar la ausencia de norma alguna que obligue al estado argentino a someterse en estos términos a su autoridad. Se suma a esta dificultad, los dilemas normativos que conferirle este status podría hacer surgir y que el derecho argentino estaría obligado a resolver. En similar posición se encuentra la línea jurisprudencial nacional, toda vez que la codificación civil determino su supresión como una de las fuentes del derecho. Por supuesto los conflictos puntuales continúan resolviéndose mediante esta vía, atentos a la necesidad de otorgar una certeza jurídica que la legislación no ofrece.

Lo observado en el derecho comparado, además de confirmar la complejidad del tema nos lleva a diferentes conclusiones. El caso de España resulta ser ejemplar en cuanto a suficiencia normativa se refiere. Sus disposiciones relativas al comienzo de la existencia de la persona humana son precisas y dejan poco lugar para interpretaciones disimiles. En complemento con ellas, las normas referentes a las TRHA, resultan perfectamente coherentes con el camino legal elegido, evitando el surgimiento de antinomias indeseables. De todas formas incorporar el modelo ibérico claramente no sería una opción para Argentina, entendiendo que su inclusión sería susceptible de generar conflictos no solo con la tradición jurídica de la región, sino incluso con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que fueron integrados al bloque constitucional. En lo relativo a la legislación peruana, si bien la novedosa categoría sujeto de derecho como género de las especies persona y concebido merece ser elogiada y tenida en consideración, no consigue resolver el dilema que hace surgir la necesidad de contar con una definición acerca de la naturaleza de la concepción. Mención aparte exige el análisis de su coherencia con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos. De hecho una interpretación literal podría poner de relieve ciertas contradicciones entre la legislación interna y las obligaciones contraídas con motivo de integrar a su legislación la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Por esta razón un esquema legal similar que tenga por objeto la persona humana y sus inicios, tampoco podría ser una alternativa pasible de ser adoptada por el ordenamiento jurídico argentino.

Expuestos los argumentos previos, cabe preguntarse cómo superar los inconvenientes en torno a la problemática planteada. Es así como se erige como

alternativa más idónea aquella que señala hacia la implementación de una serie de modificaciones legislativas, en los términos que se puntualizan a continuación.

En este sentido se coincide con lo propuesto *de lege ferenda* en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 2013, evento durante el cual el despacho de la mayoría sugirió darle forma al artículo 19 utilizando una redacción sumamente precisa. La propuesta abarca la inclusión de una definición concreta consignada a los efectos de delimitar los alcances de la concepción, equiparando su producción a la fecundación ya sea dentro como fuera del vientre materno. Este nivel de especificidad parece ser el apropiado en la medida que tiene el potencial de negarle el paso a inconvenientes discordancias interpretativas y reducir el nivel de litigiosidad en este campo. Por supuesto semejante solución exigiría asimismo una minuciosa revisión del texto del Código Civil y Comercial en la búsqueda de expresiones y disposiciones que no guardan consistencia con este camino legislativo, a los fines de adecuarlo a este nuevo planteamiento jurídico. Análogo tratamiento debería ser otorgado a la legislación destinada a regular las prácticas involucradas en las TRHA, si lo buscado es un bloque legal completo y sin inconsistencias.

En estos términos, la elaboración de un nuevo proyecto legislativo expidiéndose sobre la viabilidad del DGP, abordando las cuestiones atinentes a la cantidad de óvulos fecundados permitidos, admitiendo la crioconservación como alternativa excepcional y permitiendo su donación como único destino eventual de los embriones almacenados de esta manera, se presenta como la medida mínima exigible para articular esta ley especial con la regulación propuesta.

A todas luces, la persona humana representa la piedra angular del diseño jurídico de todo estado. Asumir la tarea de definir sus comienzos puede suponer un desafío realmente significativo. Pero de no hacerlo este problema nos seguirá acompañando, recordándonos la necesidad de enfrentar el compromiso que implica adoptar una posición que consiga desentrañar su naturaleza.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Doctrina:

- Alegría, H., Alterini, A.A., Alterini, J.H., J.Hez Costa, M.J., Rivera J.C. y Roitman, H. (1998) “Proyecto de Código Civil”. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil-Parte1.pdf>
- Alterini, J.H. (Dir.). (2016). *Código Civil Y Comercial Comentado. Tratado exegético*. Buenos Aires: La Ley.
- Balmaceda, O.M. (2007) “Comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. Madrid: Dykinson.
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el Derecho? *Derecho PUCP*, 0(54), 289-333.
- Beamonte J.R. (2016). La protección jurídica del concebido en el derecho español. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (22), 16-33.
- Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de derecho constitucional*. 1a ed. Buenos Aires: Ediar.
- Bladilo, A. (2015). “El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AP/DOC/347/2015.
- Briozzo, S. (2017). “Responsabilidad por daños causados en el marco de un tratamiento de fertilización asistida” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/956/2017.
- Cerrutti, M. y Plovanich M.C. (2014). “Persona humana: Comienzo de la existencia” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/874/2014.
- Cura, J.M. (Dir.). (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Fayos Gardó, A. (2012). *Manual de derecho civil I - Parte general y derecho de la persona*. 3ª ed. Madrid: Dykinson.
- Galli Fiant, M.M. (2017). “Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/982/2017.
- Gutiérrez Camacho, W. (2003). *La Constitución comentada: Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta jurídica.
- Gutiérrez Camacho, W. (2005). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas: Título preliminar, derecho de las personas, acto jurídico, Volumen I: Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta jurídica.
- Gutiérrez Goyochea, V. y Fernández Leyton, J. (2017). “Desafíos en el proceso de constitucionalización del derecho civil argentino: la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el embrión in vitro” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AP/DOC/146/2015.
- Herrera, M. (2018). “Texto y contexto de la noción de la persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/1258/2018.

- Herrera, M. y Salituri Amezcu, M. (2016). “Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/1607/2016.
- Herrero, S.A. (Dir.) (2016) *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Jáuregui, A.C. y Mc Donell, E. J. (2012). Existencia y fin de la persona humana en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. *Revista Derecho Privado*. 1(2), 23-28.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, E. (2014). “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima” en \*Revista La Ley,\*Cita Online: AR/DOC/4369/2014.
- Lafferrière, J.N. (2014). “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/3796/2014.
- Lafferrière, J.N. (2014b). “No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/4009/2015.
- 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 “en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/1297/2015.
- Lorenzetti, R.L. (Coord.). (2014). *Código Civil y Comercial de La Nación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R.L., Highton de Nolasco, E.y Kemelmajer de Carlucci, A. (2012) “Proyecto de código civil y comercial de la nación”. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>
- Pulgar Ezquerro, J. (2012). La persona y la personalidad. Recuperado de <https://www.seguridadpublica.es/2012/05/la-persona-y-la-personalidad-comienzo-de-la-personalidad-individual-proteccion-juridica-del-concebido-extincion-de-la-personalidad-individual-el-problema-de-la-premoriencia-el-nombre-la-resid/>
- Rivera, J.C. y Medina G. (Dirs.). (2016). *Derecho Civil. Parte General*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rivera, J.C. y Medina G. (Dirs.). (2016b). *Código Civil Y Comercial Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Saldarriaga Gil, W. (2015) “*Embriología Humana Integrada*”. Colombia: Universidad del Valle.
- Sambrizzi, E.A. (2013). “La ley de procreación asistida recientemente sancionada” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/2597/2013.
- Sin especificar (2013) “*Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UBA 2013*” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AR/DOC/3917/2013.
- Villaverde, M. (2015). “La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación” en \*Revista La Ley, \*Cita Online:

AR/DOC/1119/2015.

- Vitolla, L.R. (2017). “Un debate que aún sigue abierto: la naturaleza jurídica del embrión no implantado” en \*Revista La Ley, \*Cita Online: AP/DOC/415/2017.

### **Legislación:**

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código Civil Español.
- Código Civil Peruano.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Decreto Reglamentario 956/2013 – Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Aprobada por las Cortes Generales de España.
- Ley 26.842. Congreso de la República del Perú.
- Ley 26.862. Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

### **Jurisprudencia:**

- C.I.D.H. “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, No. 257.14.
- C.S.J.N. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad”, Fallos 330:3248 (2007).
- C.S.J.N. “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Fallos: 325:292 (2002).
- S.C.J.M. SALA N° 1, “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Accion de Amparo P/ Apelación s/ Inc.”, J. 221.605/50.235 (2014).