

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/335489280>

# FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO Nuevos desafíos jurídicos

Thesis · February 2012

DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248

CITATION

1

READS

29

1 author:



Silvia Marrama

Pontifical Catholic University of Argentina

6 PUBLICATIONS 2 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Aspectos bioéticos y jurídicos de la fecundación humana extracorpórea [View project](#)



# FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO

Nuevos desafíos jurídicos

Marrama, Silvia Estela  
Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos / Silvia Estela  
Marrama; con prólogo de Jorge Scala. - 1a ed. - Paraná: Dictum Ediciones,  
2012.  
594 p. ; 15x21 cm.  
ISBN 978-987-26865-2-9  
1. Bioética. 2. Genética. 3. Legislación. I. Scala, Jorge, prolog. II. Título  
CDD 174.957

Fecha de catalogación: 24/02/2012

**ISBN 978-987-26865-2-9**

Maquetado editorial. Diseño. Arte de Tapa.  
al cuidado de:  
Medios Electrónicos Comunicación  
de Alfredo Pintos

© Copyright 2012, Anna N. Masara  
Córdoba 381, Paraná, Entre Ríos.

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Impreso en Argentina Printed in Argentina

 **dictumediciones**  
Editorial profesional de Entre Ríos  
Córdoba 381 - Paraná - E3100BXG - Entre Ríos  
Telefax (0343) 4233488  
[www.dictumediciones.com.ar](http://www.dictumediciones.com.ar)  
[dictum@dictumediciones.com.ar](mailto:dictum@dictumediciones.com.ar)

Colección **Doctrina**

# FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO

Nuevos desafíos jurídicos

Silvia Marrama

Con Prólogo del Dr. Jorge Scala

## Prólogo

La tesis doctoral -que tengo el enorme gusto de prologar-, es el trabajo de mayor envergadura elaborado hasta el momento, por la Dra. Silvia Marrama, quien tiene por delante un fecundo porvenir en materia de investigación jurídica. El trabajo ha sido posible gracias a la prudente tutela del Dr. Eduardo Martín Quintana. Más de mil notas de pie de página son una muestra elocuente de la rigurosa investigación de la autora, previa consulta de las fuentes nacionales e internacionales más importantes en un tema tan trascendente como inquietante: la fecundación fuera del cuerpo humano.

Ya en el capítulo II, la Dra. Marrama ingresa derechamente en los aspectos técnicos de la procreación artificial. Con un lenguaje asequible, explica los diversos pasos que debe cumplir el idóneo, para lograr la fecundación in vitro y su posterior implante en el útero de una mujer. Dedicaba buena parte del apartado a desenmascarar el fraude científico del denominado preembrión, mascarón de proa utilizado en algunas legislaciones europeas en la materia.

El capítulo III está dedicado al análisis de las técnicas a la luz de la moral natural, centrado el mismo en el objeto de la fecundación extracorpórea, sin prescindir por ello de las intenciones y circunstancias que rodean el procedimiento. Un punto de indudable peso, lo constituye la información sobre la cantidad de muertes de embriones -seres humanos en sus primeros días de vida-, que provoca lo rudimentario de estas técnicas que procuran imitar los designios de la Naturaleza, con una torpeza indisimulable cuando se estudia la cuestión con seriedad y honestidad intelectual, como es el caso del presente trabajo.

Los capítulos siguientes constituyen el meollo del libro, cuya perspectiva es netamente jurídica. El capítulo IV está destinado a las normas vigentes en el Derecho Argentino, relacionadas directamente con la temática. Aquí se hace especial hincapié en la última reforma constitucional, con la incorporación del derecho de los derechos humanos, interpretados en clave no relativista

y, por ende, compatible con las normas convencionales de interpretación vigentes en la materia (arts. 33 y 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El capítulo siguiente analiza los fallos más importantes sobre la fecundación in vitro, conforme la jurisprudencia de diversos Tribunales Nacionales. Cada sentencia es sometida a una crítica jurídica racional, objetiva y desapasionada. El capítulo VI contiene una breve síntesis descriptiva de los principales proyectos legislativos en la materia, ninguno de los cuales ha sido convertido en ley. Y es precisamente, la falta de una regulación legal la que motiva la investigación: ¿debe o no legislarse en torno a la procreación artificial?, y en caso positivo ¿cuál o cuales deberían ser las pautas para ello?

Como es de rigor formal en este tipo de trabajos, el Capítulo final está dedicado a las conclusiones. Allí, la Dra. Marrama sintetiza los diversos aspectos, que considera demostrados a lo largo de su trabajo. Al estilo de los alegatos forenses, da las razones que van abonando –puntualmente-, cada una de las tesis expuestas a lo largo y a lo ancho del libro. De cada una de ellas el lector podrá hacerse su propio juicio, luego de una lectura meditada y desapasionada del libro. Sólo me permito anticipar que su conclusión final es políticamente incorrecta. De lo contrario, no valdría la pena ni escribirla ni leerla. Para ello, bastaría cualquier propaganda encubierta bajo el formato de nota periodística, de esas que –con cíclica periodicidad-, nos traen diarios, periódicos y revistas cuando se refieren a la fecundación extracorpórea.

No es ocioso decir, que la fecundación artificial se muestra como una moneda de dos caras: por un lado implica un avance tecnológico formidable, que lleva al hombre al umbral del misterio profundo del origen de la vida. Sin embargo, no todo lo técnicamente posible es bueno para la humanidad. Prueba de ello son las bombas atómicas de la Segunda Guerra Mundial, indudables prodigios del ingenio humano cuyos frutos han sido funestos.

El problema es sencillo en su formulación, pero difícil de resolver sin una clara voluntad política que descanse en un ethos verdaderamente humano. El fin nunca podrá justificar los medios –mal que le pese a la dictadura del relativismo-.

Si bien nuestros coetáneos se han desembarazado del mito del

progreso indefinido, aún no parecen capaces de desmitificar la ciencia empírica –pese a ser el tipo de conocimiento cuya certeza es menor y siempre provisional-. Ni la ciencia ni mucho menos la técnica, pueden eximirse del previo juicio moral y jurídico sobre sus actos. Otorgarle a la técnica autonomía ética y una suerte de patente de corso jurídica, constituye una actitud socialmente suicida en el corto plazo. Esta tesis va en la línea correcta: la de juzgar jurídica y moralmente unas técnicas muy publicitadas hoy día, que no deben mitificarse cualquiera sea el argumento esgrimido para ello.

Estamos frente a una tesis doctoral en Derecho. Por ello no puede ni debe ocuparse de una cuestión que trasciende lo jurídico, pero que me permito esbozar, pues podría ayudar al lector a completar sus reflexiones sobre la referida temática. Se trata de la cuestión antropológica en su sentido más profundo. Sé que estoy metiendo “el dedo en la llaga”, como se dice vulgarmente. Aquí vamos.

La pregunta es la siguiente: ¿se puede separar artificialmente la procreación del acto matrimonial, sin que ello implique la ruptura de la unidad intrínseca del ser humano, donde sus componentes biológicos, psíquicos y espirituales están armónicamente integrados?. Es evidente que la Naturaleza ha unido de modo indisoluble el acto sexual a la posibilidad de la procreación. Hoy día es posible efectuar esa ruptura en un doble sentido: a) sexo sin procreación, con las diversas alternativas contraceptivas disponibles; y b) procreación sin sexo, mediante la fecundación in vitro.

Por tanto la pregunta no se refiere a la posibilidad fáctica de dicha fractura, sino a algo mucho más delicado y profundo. La cuestión es discernir si tal quiebre no provocará también –como consecuencia inevitable-, una ruptura en la estructura antropológica de los seres humanos involucrados en tales prácticas o, al menos, un daño antropológico tangible.

La experiencia común nos indica que violentar la naturaleza humana tiene siempre un costo. A veces ese costo se torna insostenible con el tiempo. Fuera de algún ejercicio gimnástico o circense, no se puede caminar con las manos impunemente. Tampoco se puede mentir constantemente; pues ello impedirá captar

la realidad de las cosas, con el correr del tiempo. Va contra el sentido común, imaginar que la ruptura de la naturaleza al separar la procreación del acto sexual, pudiera ser inocua. Y, en tal caso ¿cuál sería el precio a pagar por ello?.

Algunos estudios de campo –sugestivamente inexistentes-, ayudarían a responder estos interrogantes por demás inquietantes. No existen investigaciones conocidas con el seguimiento de las personas sometidas a estas técnicas, con el correr de los años. No se han estudiado las consecuencias psíquicas en cada uno de ellos.

Se sabe que unos cuantos matrimonios se han deshecho poco tiempo después de utilizar estas técnicas –como lo prueban los muchos juicios del derecho comparado, relativos al destino de los embriones congelados, luego de la ruptura del vínculo marital-. Al respecto, subrayo que el amor no es un sentimiento, sino una decisión de la voluntad. Por tanto el amor no se acaba, sino que la persona tomó la decisión –más o menos deliberada-, de dejar de amar. Pero como el amor es el fin de nuestra especie, esta decisión de dejar de amar a la persona amada hasta ese momento es ya –y de por sí-, un daño antropológico considerable; al margen del daño causado al cónyuge, hijos y el resto de la sociedad.

También se conoce el riesgo de depresión que implica -para la mujer- el proceso de estimulación ovárica. Pero ese riesgo no ha sido mensurado. Todo indica que en la Argentina, ni siquiera se lo menciona a quienes se someten a tal procedimiento.

Tampoco hay estudios cualitativos ni cuantitativos sobre los efectos de la procreación artificial en los hijos. En efecto, intuitivamente pensamos que no debería ser lo mismo el hecho de ser el fruto de amor de mis padres, que ser el fruto de un procedimiento tecnológico –peor aún si lo es sin siquiera las células germinales de mis padres-. Hace más de 32 años que han nacido los primeros seres humanos mediante estas técnicas. Tiempo más que suficiente para estudiar los efectos antropológicos en ellos. Sugestivamente, dichos estudios brillan por su ausencia. ¿Será que los investigadores de campo tienen idéntica intuición, y privilegian mantener sus actuales trabajos a mostrar una verdad políticamente incorrecta?. De momento, no es posible saberlo.

Finalmente, tampoco hay estudios sobre la condición psíquica

de quienes se dedican a esos menesteres. Parece imposible que alguien pueda quedar inmune, luego de dedicar años de su vida a: 1º) tratar a mujeres y varones como si fueran reproductores animales de pura sangre; 2º) producir en laboratorio seres humanos defectuosos para -a continuación-, matarlos bajo el eufemismo de la reducción embrionaria; y 3º) congelar seres humanos en sus primeros días de vida, impidiéndoles el ulterior desarrollo al que tienen derecho... Evidentemente no son extrapolables, pero hay estudios que se refieren al deterioro en la psiquis de los médicos nazis, que laboraban en los campos de exterminio y luego regresaban a casa manteniendo un comportamiento familiar ejemplar. Y hay testimonios elocuentes referidos a los aborteros, en países donde tal crimen ha sido despenalizado. Pero no hay nada más.

Sin duda el hombre –varón y mujer- como ser sexuado, es un verdadero misterio. Ahora bien, en estas condiciones, ¿podría ser civilizado, racional, científico y humano, promover estas técnicas ignorando sus consecuencias más profundas?. Quien quiera comenzar a introducirse en una temática tan apasionante tiene en este libro un buen lazarillo.

*Jorge Scala*

Córdoba, 25 de enero de 2012

*La presente obra se basa en la tesis doctoral en derecho presentada el 9 de julio de 2010 en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, sede Buenos Aires, y que obtuvo la máxima calificación en su defensa, realizada el 2 de junio de 2011.*

*La tesis fue dirigida por el Dr. Eduardo Martín Quintana y fueron sus jurados los Dres. Catalina Arias de Ronchietto, Alberto Rodríguez Varela y Nicolás Lafferrière.*

*La tesis doctoral ha sido ampliada y actualizada para esta publicación.*



## Capítulo I

### INTRODUCCIÓN

#### 1. El “por qué” de esta obra

En Argentina confluyen una serie de factores técnicos, sociológicos, morales y jurídicos muy particulares respecto de la fecundación artificial, que hacen harto frecuente el recurso a estas técnicas.

Por una parte, existe una altísima tecnología médica y biológica en los centros argentinos que realizan estas prácticas<sup>1</sup>.

Por otra, la clase “media alta” y “alta” está dispuesta a abonar sus elevados costos, no cubiertos generalmente por el sistema de salud público ni por las empresas de medicina prepaga. A los argentinos que acceden a estas prestaciones se suman los extranjeros<sup>2</sup>, atraídos por la calidad del servicio y su bajo costo comparado

<sup>1</sup> Cfr. [En Argentina se ha desarrollado una nueva técnica de reproducción asistida utilizando moléculas de espermatozoides apoptóticos](http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/en-argentina-se-ha-desarrollado-nueva-tecnica-de-reproduccion-asistida-utilizando-moleculas-de-espermatozoides-apoptoticos/), 25/08/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/en-argentina-se-ha-desarrollado-nueva-tecnica-de-reproduccion-asistida-utilizando-moleculas-de-espermatozoides-apoptoticos/>

<sup>2</sup> “Los centros de reproducción asistida en Argentina ofrecen **paquetes turísticos con tratamiento de fecundación *in vitro* que cuestan la mitad** que en el resto de países... Las parejas viajan a Argentina porque los tratamientos allí valen la mitad que en el resto de los países, porque la medicina argentina es bastante reconocida, por el trato que brindan los médicos y muchas veces por el vacío legal, explica **Fernando Neuspiller**, director médico de la filial local del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), de España... Los tratamientos de fecundación *in vitro*, la principal elección de las parejas extranjeras, cuestan en Argentina entre **3.000 y 4.000 dólares**, la mitad o aún menos que en países desarrollados, según indican los especialistas. Además, la **profesionalidad** y buen trato de los institutos argentinos es un punto a favor para las parejas procedentes de otros países, que deciden viajar, en especial de Europa, donde el 2% de los recién nacidos fueron concebidos por fecundación *in vitro*, según indican los datos de la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE)... El **atractivo turístico** del país también es un factor a tener en cuenta y ha sido aprovechado por algunas instituciones, que combinan los cuidados médicos con los recorridos turísticos para las parejas, que suelen destinar unos diez días a los tratamientos de FIV. Los directivos de centros de reproducción asistida en Argentina

con el del mercado internacional, dada la depresión de la moneda argentina frente al dólar y al euro.

En tercer lugar, el factor más importante: el relativismo imperante en nuestra cultura lleva a oscurecer la conciencia de las personas, considerando moralmente indiferente o incluso bueno el recurso a las técnicas de fecundación artificial, sumado al utilitarismo pragmático reinante<sup>3</sup>.

coinciden en que entre el **10 y el 20% de los pacientes extranjeros** proceden de países de Latinoamérica, Estados Unidos y Europa, principalmente de España. Koppelman comenta que en estos países hay **listas de espera** para someterse a estos tratamientos, por lo que algunas parejas deciden viajar para lograr cuanto antes el embarazo” (los resaltados son nuestros). Argentina, nuevo destino para tratamientos de infertilidad, 20/02/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/argentina-nuevo-destino-para-tratamientos-de-infertilidad/>

<sup>3</sup> Baste citar las siguientes noticias: “La organización Cryos International con sede en Dinamarca, posee el banco de semen más grande del mundo, contando en la actualidad con **65.000 mililitros de esperma**. Esta organización abastece de semen a clínicas de fertilización de más de **60 países**, estando entre sus clientes Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. “Para nosotros es relativamente fácil atraer suficientes donantes, tanto que hasta podemos exportar. No se trata tanto del esperma danés como tal, sino de nuestra legislación, que es mucho más liberal. No tenemos restricciones o limitaciones para atraer a los donantes”, ha declarado Ole Schou, director del banco de semen danés. Schou, también ha hablado de la posibilidad de abrir una **franquicia** en Venezuela, hecho que demuestra que financieramente es un muy buen negocio: “Tenemos una **ganancia anual de 3 millones de euros** y la demanda aumenta cada año, si tomamos en cuenta que ya son **más de 20.000 niños concebidos con esperma danés exportado**”, afirmó. Por otro lado, el doctor Roberto Coco, director de Fecunditas (centro de medicina reproductiva y genética de Argentina) ha explicado que una de las preocupaciones de quienes trabajan en procesos de fecundación asistida es que el esperma de un donante pueda ser usado en varias inseminaciones, dentro de una misma área geográfica. Este riesgo disminuye al adquirir semen de otros países, como los proporcionados por Cryos International. Además, para Coco es importante el adquirir muchas veces semen del extranjero para poder conservarse las características raciales de los padres” (los resaltados son nuestros). Dinamarca es una potencia exportadora de semen de donante, 02/10/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/dinamarca-es-una-potencia-exportadora-de-semen/> “La recesión económica que Estados Unidos viene sufriendo ya desde hace un año ha empezado a dictar términos mucho más interesados incluso en el terreno de las donaciones de múltiples productos humanos, como esperma, óvulos, plasma sanguíneo e incluso cabello. El **mercado sanitario en Estados Unidos** permite obtener entre **45 y 75 euros por una donación de esperma** y hasta **más de 5.000 euros por la donación de óvulos**. Las **solicitudes** para convertirse en **donantes de semen** en, por ejemplo, un banco especializado de Seattle **se han triplicado**, pasando

Por su parte, el derecho argentino –tal como demostraremos en el capítulo IV y VI de esta obra- prohíbe implícitamente las técnicas de fecundación artificial extracorpórea.

Cabe entonces preguntarse si la prohibición implícita es suficiente para abordar esta problemática tan compleja y difundida. Adelantamos nuestra posición –que desarrollaremos en el capítulo VI-, sosteniendo que, dado el oscurecimiento de las conciencias de los argentinos –reflejado en el ámbito jurídico en diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales permisivas de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea- y el relativismo imperante antes aludido, es prudente su prohibición expresa.

El objetivo de esta obra es, pues, demostrar que debe legislarse expresamente la prohibición de estas técnicas, sin soslayar que, si bien la ley tiene una función pedagógica para las personas, no es el único ni el principal factor de influencia en la cultura de un país, siendo primordial la educación moral de sus habitantes.

## 2. Terminología empleada

La presente obra versa sobre la fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino, si bien su título hace referencia sólo a una de las técnicas que producen seres humanos fuera del vientre

de 50 interesados a 150 al mes, según los cálculos realizados por el canal de televisión MSNBC. La cantidad de mujeres que se ha interesado por realizar **donaciones de óvulos**, desde Houston a Chicago, **se ha incrementado en al menos un 30%** en comparación al año pasado, aseguran responsables de programas concentrados en la búsqueda de óvulos... Además, ninguna agencia acepta mujeres donantes **mayores de 32 años**, concentrándose sobre todo en menores de 29. En cuanto a las donaciones de esperma, **de cada 1.000 voluntarios, solamente 9 suelen pasar un riguroso proceso de selección** en búsqueda de cantidad y calidad, además de pruebas médicas y psicológicas. Este fenómeno también está sirviendo para dejar en evidencia la **falta de regulación**. Ya que en Estados Unidos, el sector de la reproducción asistida, **no mantiene un registro nacional sobre sus donantes de esperma y óvulos**, pese a estar originando ya **más de 5.000 recién nacidos al año**. Expansión posible gracias también al uso de «**madres de alquiler**», con unos incentivos que oscilan entre los 13.500 euros por una gestación y *hasta* más de 17.000 euros en el caso de gemelos” (los resaltados son nuestros). Las donaciones de óvulos y esperma se han incrementado tras la crisis económica, 04/01/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/las-donaciones-de-ovulos-y-esperma-se-han-incrementado-tras-la-crisis-economica/>

materno -la fecundación *in vitro*-, por ser la más conocida.

Es decir que la expresión “fecundación artificial extracorpórea” se referirá, en adelante, a todas las técnicas que producen seres humanos fuera del seno materno.

Utilizaremos los términos “fecundación” y “concepción” en forma indistinta<sup>4</sup>. La palabra “fecundación” (del latín *fecundare*) tiene el inconveniente de referirse sólo al momento en que el óvulo es penetrado por el espermatozoide. Es decir que no abarcaría el congelamiento de embriones –que generalmente conllevan estas técnicas-, la transferencia embrionaria al útero materno -previa selección genética de los más “aptos”, etc. Sin embargo, preferimos utilizar dicho término en lugar de la palabra “procreación”, porque ésta conlleva la idea de colaboración con la obra creadora de Dios. Si bien tiene la ventaja de ser un vocablo amplio (que abarca no sólo el momento de la fecundación sino todo el proceso de dar vida), pensamos que no es aplicable a estas hipótesis en las cuales se producen seres humanos mediante técnicas artificiales que, como veremos a lo largo de esta obra, contrarían la ley natural -participación en la creatura racional de la Ley Eterna-.

Si bien toda fecundación extracorpórea es artificial, en esta publicación frecuentemente añadiremos al término “fecundación” el de “artificial”, para poner de relieve la diferencia que existe entre la “asistencia” médica en la fecundación natural (fecundación asistida mediante fármacos, intervenciones quirúrgicas o tratamientos psicológicos, entre otras) y su sustitución por medio de técnicas (fecundación artificial<sup>5</sup>). Es decir, en esta obra nos referiremos a técnicas que no asisten al acto sexual sino que lo excluyen.

Advierte el Dr. QUINTANA que la palabra “asistir” se emplea para referirse al acto de quien asume un rol *ad extra* al que re-

<sup>4</sup> La fundamentación del uso indistinto la haremos en el acápite “6.6. ¿Cuándo comienza la vida humana?” del cap. IV.

<sup>5</sup> Cabe aquí citar las palabras de Jorge SCALA: “No se hable de fecundación asistida. La asistencia va en el orden de la naturaleza. Lo artificial pretende reemplazar a la naturaleza; y estas técnicas son crueles artificios, más allá de que hayan permitido engendrar algunos seres humanos, hoy vivos. El fin no justifica los medios”. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro*. Prolog. por Jorge SCALA, (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad N° 5. Edit. Promesa. Pág. 14.

cibe la asistencia, o sea que necesariamente se trata de un acto no sustitutivo de la actividad del enfermo, “sin perjuicio que a través de una medicación pueda suplirse alguna función vital del organismo, pero es éste el que la incorpora y puede suplir así el déficit precedente. Por eso respecto a las actuales técnicas la denominación adecuada es la de fecundación artificial pero como este adjetivo es el opuesto a natural no es de tan fácil aceptación –al menos para muchos por ahora- y por ellos ha sido encubierta por la de “asistida”<sup>6</sup>.

Por otra parte, descartamos el empleo de la expresión “reproducción humana”, pues, según enseña la biología, la “reproducción” es un rasgo esencial de los organismos vivos irracionales: es la capacidad de producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos, “teniendo especial importancia su invariancia o sea que el código genético propio de la especie es reproducido siempre en forma invariable. Por tanto el término “reproducción” expresa en primer lugar la identidad genética de la especie, no de un individuo. Se “reproduce” siempre –y únicamente- lo común. Por eso debemos interrogarnos: dadas las particularidades del ser humano, ¿es acaso la “reproducción” la palabra más indicada para aplicarla a la transmisión de la vida humana? y también: ¿el hombre es sólo un individuo al que se le han transmitido las características genéticas de la especie? Si bien el animal también posee su individualidad genética, ... el hijo no es la reproducción de los padres, sino que se espera a un ser distinto único e irrepetible, que algún día realizará por sí mismo y en uso de su libertad su propio desarrollo personal, no impuesto por la naturaleza ni los genes de los padres y en segundo lugar ... que los padres no crean nada *ex nihilo* y menos al hijo pues sus propios gametos provienen de un cuerpo que les ha sido dado y el alma es creada por Dios<sup>7</sup>.

Finalmente, el término “extracorpórea” delimita el marco de

<sup>6</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial*. Exposición en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural. “Ley Natural y laicidad”, en “Prudentia Iuris” N° 66-67, (Buenos Aires, 2009). No se consigna la página por haberse utilizado el material en formato digital. En adelante, se anotará sólo “en formato digital”.

<sup>7</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas...* *ibidem*.

esta obra, ya que sólo nos referiremos a las técnicas de fecundación artificial por las cuales la fecundación se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer.

Si bien nos circunscribiremos a la fecundación extracorpórea, utilizamos indistintamente las expresiones “fecundación artificial” (expresión que incluiría -fuera del ámbito de esta obra- también las técnicas de fecundación artificial intracorpórea), “fecundación extracorpórea”, “fecundación artificial extracorpórea” y “fecundación *in vitro*” (que constituye una de las técnicas posibles de fecundación artificial extracorpórea), para dar más fluidez a la lectura de este trabajo.

### 3. Presupuestos

Respecto de la perspectiva epistemológica, por constituir una obra jurídica, la fundamentación de la hipótesis (que la fecundación artificial extracorpórea se encuentra prohibida implícitamente en el derecho argentino, y que es prudente y necesario prohibirla expresamente) se demostrará desde una perspectiva jurídica, abordándose previamente los aspectos antropológicos y morales, abordaje cuya necesidad se explica por el principio de subalternación de los saberes.

El objeto propio de la razón es el orden. Hay un orden que la razón humana considera, pero no hace, es el orden natural, cuyo estudio pertenece a la filosofía natural. Hay un segundo orden que la razón, considerando, hace en sus propios actos, ordenando entre sí conceptos y los signos de éstos, que son las voces significativas: es el orden racional, cuya consideración corresponde a la filosofía racional (lógica y gramática). Existe un tercer orden que la razón, considerando, hace en las operaciones de la voluntad, y este es el orden moral o ético, que es estudiado por la disciplina que lleva esos mismos nombres. Y, finalmente, hay un cuarto orden que la razón humana, considerando, hace en las cosas exteriores construidas por él como una cosa, y este orden corresponde a las artes mecánicas<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. CASAUBÓN, Juan A., Actitudes gnoseológicas y concepciones de la norma jurídica, en “Prudentia Iuris”, N° 14, (Buenos Aires, 1984). Pág. 29-30.

El tercer y cuarto orden que la razón humana, considerando, hace, pertenecen al mismo entendimiento práctico<sup>9</sup>, y por ende no deberían contradecirse. Sin embargo, la experiencia nos muestra que lamentablemente se contraponen considerables veces.

La pretendida autonomía absoluta de la técnica frente a la ética es, pues, irracional (es decir, contraria al orden, que constituye el objeto propio de la razón).

El “avance” a pasos agigantados de la técnica en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI exige y nos urge a reflexionar sobre la licitud de sus aplicaciones y sobre sus límites morales y jurídicos. Los asombrosos avances de la genética verificados a partir de la descripción de la estructura del ADN, en peligrosa combinación con técnicas reproductivas que generan la posibilidad de testear individuos desde el instante mismo de la fecundación y también de manipular la constitución molecular de esa misma información genética; las técnicas de fecundación artificial, los nuevos avances que implican la posibilidad futura de clonación<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Santo TOMÁS distingue el entendimiento en especulativo y práctico, no como dos potencias diversas sino como dos funciones distintas dentro de la misma potencia. Esas funciones distintas se establecen por la triple diferencia de fin, objeto y modo. Por el fin: el conocimiento especulativo se ordena a la contemplación de la verdad y el práctico ordena a la operación la verdad conocida. Por eso la ordenación de la verdad a la acción es una simple extensión del conocimiento especulativo a la operación. Por el objeto: el entendimiento especulativo tiene por objeto lo universal, y la verdad práctica consiste en aplicar lo conocido, universal y necesario, a lo singular y contingente.

Por el modo: tanto el entendimiento especulativo cuanto el práctico parten de los mismos principios universales y su proceso es relativamente igual: uno –el especulativo- por deducción de las conclusiones contenidas germinalmente en los principios evidentes, otro –el práctico- por aplicación de los principios a la operación, conservando entre ambos un perfecto paralelismo. Cfr. BASSO, Domingo, Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico, en “Prudentia Iuris” N° 14, (Buenos Aires, 1984). Pág. 5-8.

<sup>10</sup> Afirma el Dr. SCALA que aún no ha sido posible clonar ningún ser humano, a la vez que denuncia fraudes en este sentido. Cfr. SCALA, Jorge, Recrear la cultura de la vida: Principios fundacionales de la bioética, 1ª edic., (San José de Costa Rica, 2006). Edit. Promesa. Pág. 127-151.

Si fuese posible realizarla, sería la producción de individuos genéticamente idénticos. Mons. SGRECCIA la define como el “procedimiento mediante el cual se puede obtener un conjunto (clon) de descendientes a partir de un solo organismo, de manera que sean todos genéticamente idénticos a éste”. Cfr. SGRECCIA, Elío, Manual de

humana con cualquier fin, evidencian un gran poderío técnico<sup>11</sup>.

Paradójicamente, este gran poderío técnico contrasta con la profunda “fragilidad antropológica” de la época en que se vive, ya que el hombre se ha alejado de la verdad sobre sí mismo y consecuentemente no obra lo que es bueno para sí ni para los demás.

Existe, pues, un desorden, ya que la razón indica que la técnica debe estar subordinada a la ética, y ésta basarse en la antropología<sup>12</sup> –asentada en la gnoseología-, puesto que sólo conociendo lo que el hombre es, se puede considerar cómo ha de obrar y qué límites debe tener su hacer.

Este orden que la razón muestra se plasma en lo que se denomina subalternación de los saberes. “La subalternación es la relación existente entre una ciencia denominada subalternada que es tributaria en cuanto a su objeto y principios de otra denominada subalternante y que también puede relacionarse con otra ciencia por su finalidad (subalternación impropia)”<sup>13</sup>. Así, “existe un vínculo fundamental unificador de toda la especulación humana, pero a la vez cada ciencia cuenta con objetos, principios y métodos

bioética, (México 1994). Edit. Diana. Pág. 219 y ss.

Podemos definir la clonación como la reproducción asexual y agámica de la totalidad del organismo humano, con objeto de producir una o varias “copias” substancialmente idénticas, desde el punto de vista genético, al único progenitor. Cfr. CONGRESACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción “Dignitas Personae: sobre algunas cuestiones de bioética”, (Instrucción sobre la dignidad de la persona: sobre algunas cuestiones de bioética; Ciudad del Vaticano, 12/12/08), en [www.vatican.va/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20081208\\_dignitas-personae\\_sp.html](http://www.vatican.va/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html). N° 28.

<sup>11</sup> BOSCH, Margarita, Los desafíos de la bioética en el siglo XXI: nueva genética, manipulación y progreso, en “Vida y Ética”, Año 5, N° 1, (Buenos Aires, 2004). Págs. 39-99.

<sup>12</sup> Tal como enseña el Dr. Félix A. LAMAS en sus clases de antropología, la palabra “antropología” proviene del griego y etimológicamente significa el estudio del hombre. El hombre es una unidad sustancial de cuerpo y alma (tema que expondremos en el capítulo III). Es decir, es algo uno. Y si es uno solo el objeto que tenemos que estudiar, necesitaremos una ciencia **una** para estudiarlo. Para estudiar al hombre, si queremos comprenderlo en su unidad compleja, deberemos considerarlo en su unidad. Por esta razón, no distinguiremos en esta obra entre las disciplinas “biología” (que estudiaría el cuerpo humano) y “psicología” (que estudiaría su alma) para referirnos al hombre.

<sup>13</sup> QUINTANA, Eduardo M., Derecho y moral: ¿separación o subalternación?, en “El Derecho”, (Buenos Aires, 19/01/93), Año XXXI, N° 8164. Pág. 1.

propios...”<sup>14</sup>.

El saber jurídico tiene por objeto de conocimiento el orden jurídico entendido como la cualidad o disposición inherente a la sociedad por la cual se otorga a cada uno lo suyo propio, o sea lo que le corresponde teniendo en cuenta el bien común.

Este saber práctico está subalternado<sup>15</sup> a la ética por sus principios, que son su punto de partida, y por su objeto (ciertas acciones humanas signadas por un débito)<sup>16</sup>. Considerando al derecho como la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto (o acción) es ordenado a una persona o sociedad y por la que se torna suya propia, el objeto del conocimiento jurídico es abarcado con más amplitud por la ética, ya que ésta conoce los actos libres del hombre considerados en su bondad o malicia, o sea su conformidad o no con el dictamen de la razón. La ética tiene por finalidad poner orden en las acciones voluntarias en cuanto relacionadas entre sí y con respecto al fin de la vida humana que es la felicidad. Pero a su vez la antropología es subalternante de la ética, pues su objeto específico es el constitutivo humano, sus facultades y sus finalidades (el hombre en cuanto hombre). Por tanto, la antropología es subalternante de la ética y del derecho, ya que el obrar sigue al ser. Es una ciencia especulativa, en tanto ética y derecho son órdenes prácticos (ordenamientos de la actividad humana), racionales, enderezados al bien común.

Por ello, el punto de partida del saber jurídico son las conclusiones de la ética (fin del hombre y medios para lograrlo) y de la antropología (sobre la naturaleza humana). Es decir que el derecho no es independiente de la moral, ya que por sus principios, objeto y fines le está subalternado. Así lo reconoce el tercer párrafo del

<sup>14</sup> QUINTANA, Eduardo M., Derecho y moral... ibidem, pág. 1.

<sup>15</sup> “El principio de la subalternación de los saberes permitió que durante muchos siglos la manera de resolver las cuestiones jurídicas se nutrieran de los principios que provenían de otras ciencias. La observación que hacían los juristas de aquello que sucedía a su alrededor permitía dictar normas, o bien decir el derecho dentro de parámetros que respetaban el orden de la naturaleza”. LIMODIO, Gabriel, La enseñanza del derecho privado: un aporte desde el realismo jurídico, en “Prudentia Iuris”, N° 60, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA. Pág. 125-126.

<sup>16</sup> QUINTANA, Eduardo M., Las relaciones entre el orden ético y el orden jurídico, (Buenos Aires, s/f), en formato digital. Inédito.

Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>17</sup> que dice que **“los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”** (los resaltados son nuestros).

Y la especificidad del derecho respecto a la moral está dada por las exigencias de la vida política, que acota el ámbito de la moral restringiéndolo a aquel mínimo necesario para la existencia de la propia convivencia<sup>18</sup>. “Se ha hablado de la “grandeza y miseria” del derecho; lo primero, pues sin él la convivencia social es impensable; lo segundo pues no es su finalidad realizar la plenitud de la comunidad (tarea reservada a la política) y de sus integrantes (misión reservada a la moral), sino coadyuvar para que ello se realice a partir de un mínimo, que es nada más –pero nada menos- que cada uno tenga lo suyo”<sup>19</sup>.

Lo suyo de cada uno es en parte natural y en parte positivo<sup>20</sup>. Como demostraremos en los capítulos II y III, las técnicas de fecundación extracorpórea atentan contra la dignidad, vida y salud de seres humanos. Éstos y otros derechos vulnerados mediante el recurso a estas técnicas (tales como el derecho a la identidad), son reconocidos por el derecho positivo argentino a todo ser humano, es decir, a toda persona, desde su concepción (tal como demostraremos en el capítulo IV). Por lo tanto, si bien **el derecho positivo argentino nos hubiese permitido arribar a las mismas conclusiones que desarrollaremos en el capítulo VII**, no hemos querido caer en el reduccionismo de considerar que el derecho argentino es sólo el derecho positivo. Por otra parte, si bien hemos decidido abordar el tema de la obra desde la perspectiva del derecho natural y positivo argentino, adherimos a la postura de los constituyentes de 1853, que sostenían que el derecho así considerado no es sufi-

<sup>17</sup> Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948; con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 C.N.

<sup>18</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Derecho y moral...* *ibidem*, pág. 1.

<sup>19</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Un proyecto contradictorio (derecho a la vida y manipulación)*, en “Boletín de Legislación Argentina” N° 28, (Buenos Aires, 15/08/97). Edit. Universitas SRL. Pág. 10 nota 6.

<sup>20</sup> Tema que se explicará brevemente en el capítulo IV.

ciente<sup>21</sup>.

Por último, cabe excluir de esta obra la perspectiva penal del tema, ya que su complejidad requiere una publicación específica y posterior a las perspectivas aquí abordadas.

#### 4. La experiencia como punto de partida y su influencia respecto del método a emplear

Sabemos que el derecho tiene su origen en la experiencia -entendida como una forma de conocimiento no reductible a las restantes- porque todo saber se constituye a través de la experiencia. En

<sup>21</sup> Esta postura de los constituyentes argentinos de 1853 quedó plasmada en el Preámbulo de nuestra Constitución: “Dios, fuente de toda razón y justicia”, y se explica del siguiente modo: si bien podemos tener conocimiento de lo justo o injusto como algo evidente, y no como una derivación del conocimiento de Dios, ese conocimiento de lo justo no es completo (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino: texto latino de la edición crítica Leonina*. Traducción y anotaciones por una Comisión de PP Dominicanos presidida por el Excmo. y Rvdmo Sr. Dr. Francisco BARBADO VIEJO, o.p. (Madrid, 1959). Edit. Biblioteca de autores cristianos. I-II, q. 94, a. 2, c). “Si ese dar a cada uno lo suyo se constituye según una regla de razón, normas, principios, que son algo propio del normador, que es humano... tengo que conocer algo de esos productos de la razón que son las normas. Y encuentro que el hombre no crea al hombre, ni la ordenación, las inclinaciones ni los principios...y que esas normas son establecidas por autoridades... y tengo que saber algo de qué es autoridad. Y buscamos una explicación más profunda de “todo eso” que está involucrado en la doctrina de la justicia. Y ahí entra Dios creador del mundo y de la naturaleza, y del hombre y de sus vocaciones o dinamismos finales perfectivos que él no se dio pero están. Como no se los dio deben venir de otro. Y no se puede ir al infinito. Hay que ir a Dios que es Ley Eterna, de la cual la ley natural es participación. El conocimiento de lo justo no es completo sin los fundamentos teóricos, entre ellos sobre Dios, sobre el hombre, sobre el ente, sin los datos y fundamentos sobrenaturales y sin la certeza de la fe”. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Si Dios no existe, ¿todo está permitido?: 8 Tesis sobre Dios y la doctrina de la justicia*, Exposición en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Natural (Paraná, 2005), en un panel integrado además por los Dres. Camilo TALE y Rodolfo VIGO, en formato digital.

Entre los textos que citaré a lo largo de este trabajo, se encuentran algunos que pertenecen al Magisterio Social de la Iglesia. Podría argumentarse entonces que –dado que sus enseñanzas se fundan en el dato revelado- no serían aptas para fundar una obra de derecho, el cual es –como dijimos, y demostraremos en el capítulo IV- en parte natural y en parte positivo. Se debe aclarar al respecto que la Doctrina Social de la Iglesia tiene dos fuentes: la Revelación (que incluye prescripciones de derecho divino) y el derecho natural, conformes entre sí. Los documentos del Magisterio de la Iglesia, en los párrafos citados en esta publicación, abordan las cuestiones desde una perspectiva de derecho natural.

efecto, el modo de conocer del hombre comienza por los sentidos externos, luego por los sentidos internos, para culminar con la función propia de la inteligencia. Porque para una visión realista, el origen del conocimiento está en las cosas, en la realidad exterior<sup>22</sup>. La experiencia es el conocimiento directo e inmediato de la realidad que se presenta como fenómeno concreto<sup>23</sup>. Es una instancia necesariamente previa a la construcción doctrinal, es la base del derecho.

La experiencia jurídica es experiencia humana (es decir, no meramente animal sino sensible pero transida de racionalidad) integral (relacionada con la vida social, y por ende principalmente con la política, la cultura y la economía). Por ello, evitaremos la unilateralidad metodológica, ya que debido a la complejidad del objeto de esta obra, deben integrarse distintos métodos e incluso datos proporcionados por otras ciencias, pero siempre regidos por la unidad del objeto formal.

## 5. Contenido de la obra

En el capítulo II se estudiará el aspecto técnico de la fecundación artificial extracorpórea y se refutará su falso aval científico, encubierto bajo el empleo del término “preembrión”.

Abordando la cuestión previa de si se puede o no hacer un juicio moral en base al ser, el capítulo III desarrolla las cuestiones antropológicas básicas (qué es el hombre; su natural politicidad; la complementariedad entre varón y mujer y dignidad humana) que permiten el planteo de algunos interrogantes morales suscitados por el recurso a las técnicas de fecundación extracorpórea (si una nueva vida humana debe surgir por generación o por fabricación; si la generación constituye un obrar o un hacer y las consecuencias que de ello se derivan; la pérdida del sentido del misterio en el

<sup>22</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Clases de Filosofía del Derecho*. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. IV. *Derecho. 2 Conocimiento*, en formato digital.

<sup>23</sup> Cfr. LAMAS, Félix A., *La experiencia jurídica*, (Buenos Aires, 1991). Edit. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”.

inicio de la vida humana; si el deseo de las personas de ser padres implica o genera un “derecho al hijo”; la degradación del problema de la esterilidad y la muerte de innumerables embriones).

Las conclusiones de este capítulo constituyen las premisas del desarrollo jurídico de los capítulos siguientes, en virtud del principio de subalternación de los saberes que hemos explicado. Es, por lo tanto, indispensable su lectura para adentrarse en los capítulos más propiamente jurídicos.

En el capítulo IV haremos una descripción del estado de la cuestión en la legislación argentina, abordando los siguientes tópicos: a) Constitución Nacional: derecho a la vida; a la personalidad; dignidad humana; derecho a la identidad; b) Código Civil: existencia de la persona física desde la concepción; viabilidad de la persona por nacer; si el embrión es cosa o persona; si las técnicas de fecundación extracorpórea son actos de objeto ilícito, en especial la criopreservación de embriones (en este punto se abordarán también las soluciones inviables desde un punto de vista jurídico para los embriones que actualmente se encuentran congelados, tales como su utilización como material de investigación; como terapia de infertilidad para otras personas o la adopción prenatal).

Por su parte, en el capítulo V se analizarán los fallos jurisprudenciales que versan específicamente sobre la dignidad y derechos del embrión concebido fuera del seno materno y cuestiones conexas (tutor especial de esos embriones, indisponibilidad del estado de familia, derecho a la identidad de los embriones en los casos en que se autoriza la donación anónima de gametos, cobertura por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga de los tratamientos de fecundación extracorpórea, la objeción de conciencia en materia tributaria cuando el Estado afronte los gastos de estos tratamientos, entre otras).

En el capítulo VI fundamentaremos las siguientes afirmaciones: las técnicas de fecundación artificial extracorpórea están implícitamente prohibidas por nuestro ordenamiento jurídico; es necesario y prudente, sin embargo, su prohibición expresa. Por otra parte, se enumeran en este capítulo diversos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación sobre estas técnicas de

fecundación artificial extracorpórea, se los clasifica en prohibitivos o permisivos, se analizan -desde el derecho civil- proyectos de cada categoría, al igual que el proyecto que obtuvo media sanción del Senado de la Nación en 1997; se evalúan los efectos negativos que se seguirían de la aprobación de un proyecto permisivo; se analiza la evolución legislativa sobre fecundación extracorpórea en España e Italia; finalmente nos pronunciamos a favor de uno de los proyectos presentados en el Congreso de la Nación y concluimos que si se sancionase un proyecto permisivo, debería ser tachado de inconstitucional por nuestros tribunales, tal como lo hizo la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró la inconstitucionalidad de las técnicas y de la normativa que las permitía.

En el último capítulo enunciaremos cómo hemos demostrado a lo largo de la obra las afirmaciones jurídicas vertidas en la misma, y expondremos nuestras conclusiones.

Esperamos contribuir con esta obra a un debate sobre el tema que se dé en el marco de lo que enseña JUAN PABLO II: “El Creador ha confiado la vida del hombre a su cuidado responsable, no para que disponga de ella de modo arbitrario, sino para que la custodie con sabiduría y la administre con amorosa fidelidad”<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> JUAN PABLO II, Carta Encíclica Evangelium vitæ sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, (Ciudad del Vaticano, 25/03/95), AAS 87 (1995), en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html). N° 76.

## Capítulo II

### TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

#### 1. Diversidad de técnicas

Bajo el término “fecundación artificial”<sup>25</sup> se engloba una amplia gama de técnicas y de procedimientos que tienen como una de sus finalidades aumentar las posibilidades de concepción a través de un acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios que excluyen el acto sexual.

No se puede soslayar que existen otras finalidades -muchas veces encubiertas- en el recurso a estas técnicas.

En Inglaterra v.gr., hasta el año 2008, ya se han utilizado más de 100.000 embriones humanos para experimentación<sup>26</sup>. Otra noticia publicada por la revista “Nature”<sup>27</sup> da cuenta de experimentos llevados a cabo por científicos británicos de la Universidad de Newcastle -dirigidos por Doug TURNBULL-, para fabricar embriones con el ADN proveniente de un hombre y dos mujeres<sup>28</sup>.

La fecundación artificial extracorpórea también se utiliza para

<sup>25</sup> Cfr. MARTINEZ, Antonio R., La infertilidad y sus tratamientos, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma. Pág. 26.

<sup>26</sup> OSTNOR, Lars, Stem Cells, Human Embryos and Ethics: Interdisciplinary Perspectives, (2008). Springers. Pág. 72. Cit. por MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria, (Rosario, 2009). Trabajo inédito.

<sup>27</sup> Cit. por VILLA, Carmen E., Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres, en “Boletín electrónico Zenit”, 28/04/2010, Códice: ZS 100428, <http://www.zenit.org>

<sup>28</sup> El procedimiento consiste en producir embriones mediante fertilización *in vitro*. Al día siguiente el ADN nuclear es removido del embrión e implantado en el óvulo de una donante, cuyo propio núcleo ha sido quitado y eliminado. Empleando este procedimiento se fabricaron 80 embriones, se les permitió desarrollarse en el laboratorio por un período de seis a ocho días hasta llegar a la etapa de blastocisto (que comprende alrededor de 100 células). Posteriormente fueron **destruidos**.



la obtención de “células madre embrionarias”<sup>29</sup> (ES) con fines terapéuticos<sup>30</sup> para personas nacidas que padecen alguna enfer-

<sup>29</sup> “Células madre son aquellas que se dividen casi indefinidamente y, por multiplicación, se pueden llegar a perpetuar de manera ilimitada. Son capaces de formar otras iguales a ellas y, al no estar diferenciadas, pueden ser madres de células, o sea, madurar especializadamente para dar a lugar a tipos celulares específicos. Sabemos cuál es su fuente: el embrión y el individuo ya adulto. Conocemos que poseen distintas virtualidades. Unas, aquéllas que se generan tras las primeras divisiones del cigoto, se llaman totipotentes, pues cada una de ellas, separada de la mórula, puede llegar a formar un individuo completo, pueden provenir por ejemplo de la médula ósea, son células más especializadas que permiten reproducir algunos tejidos del cuerpo; otras, el grupo denso y compacto, de algo más de un centenar, que forma la masa interna del embrión en fase de blastocisto, y a las que en sentido estricto se llama células madre embrionarias (Embrionic Stem Cells), son pluripotentes, pues pueden originar muchos tipos celulares, todos los del organismo, pero nunca un individuo, son más eficaces para formar cualquier tejido; y por último las radicadas en los tejidos adultos, son sólo multipotentes, pues pueden originar, dependiendo de factores externos, varias estirpes de células. El trabajo y la investigación científica con células madre tiene como objetivo conseguir avances terapéuticos sustanciales, entre otras en enfermedades como el mal de Alzheimer y el Parkinson y ayudar a la recuperación de pacientes con lesiones neurológicas; además de estudiar el proceso de diferenciación celular y producir tejidos que puedan ser empleados en la reparación de lesiones, por ejemplo, de la médula”. Células Madre -vida versus vida-: La paradoja de su utilización, en <http://www.diariojudicial.com/notasdefondo/Celulas-Madre--vida-versus-vida--brLa-paradoja-de-su-utilizacion-20090821-0003.html>

<sup>30</sup> La Comisión Asesora en Terapias Celulares y Medicina Regenerativa del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Argentina sostuvo mediante un comunicado de principios de 2009, la posibilidad de que en nuestro país se experimente con células madre. Cfr. Biotecnología: la ciencia va por el ascensor y el derecho por la escalera, (19/03/09), en <http://www.diariojudicial.com/noticias/Biotecnologia-la-ciencia-va-por-el-ascensor-y-el-derecho-por-la-escalera-20090320-0004.html>

Cabe recordar que a fines de septiembre de 2008, la Fundación Jérôme Lejeune inició una acción en contra de una decisión ilegal de la Agencia de Biomedicina francesa que permitió que el laboratorio I-Stem -dirigido por el profesor Marc Peschanski-, implemente un protocolo de investigación mediante el uso de células madre embrionarias humanas portadoras de la mutación distrofia muscular facio-escápulo humeral (FSHD). Cfr. FONDATION JÉRÔME LEJEUNE, Communique de presse: 1er recours en illégalité contre une décision de l'Agence de biomédecine autorisant des recherches sur les cellules embryonnaires humaines (Comunicado de prensa: primer recurso de ilegalidad contra una decisión de la Agencia de Biomedicina que autorizó investigaciones sobre células embrionarias humanas), (Paris, 04/10/10), en [http://www.fondationlejeune.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=217](http://www.fondationlejeune.org/index.php?option=com_content&task=view&id=217)

medad. La Dra. LÓPEZ MORATALLA<sup>31</sup> explica que las “células madre embrionarias” son células extraídas de la masa interna de un blastocisto (embrión humano de cinco días de vida) generado por fecundación artificial. Estos embriones se desintegran para tomar de ellos las células que componen la masa interna celular. El banco de células madre más desarrollado -a diciembre de 2005- es el UK Stem Cell Bank en el National Institute for Biological Standards and Controls en Potters Bar, ubicado cerca de Londres. Iniciado en septiembre de 2002, proyecta ser un reservorio de todos los tipos de células troncales humanas. Otra iniciativa en marcha es el US National Stem Cell Bank que se sitúa en el Wi-Cell Research Institute, en Madison, Wisconsin; cuenta con una dotación 16.1 millones de dólares a 4 años. Podrá adquirir, almacenar, caracterizar y distribuir las líneas ES humanas para las que se ha aprobado el uso de fondos federales. En Edimburgo, el brazo Europeo del Stem Cell Sciences de Melbourne de Australia, ha desarrollado células troncales neurales (NS) similares a las NS

Recientemente El Tribunal Europeo de Justicia -con sede en Luxemburgo-, dictó una sentencia que declara que una invención biotecnológica no debe ser protegida jurídicamente cuando para su proceso haya requerido la previa destrucción de embriones humanos o su uso como materiales de base, excluyendo así la posibilidad de patentar un proceso que implique la extracción de una célula madre de un embrión humano, ni siquiera en la etapa de blastocito (célula embrionaria no diferenciada), ya que este proceso destruye el embrión. El caso que dio lugar a la sentencia se originó en la decisión del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, a instancias de la organización ecologista Greenpeace, de someter la patente desarrollada por Oliver BRÜSTLE, en 1997, al Tribunal Europeo, para que fuera éste el que interpretase la expresión “embrión humano”, a la que se refiere el artículo 6, inciso 2 (c) de la Directiva de la Unión Europea 98/44/EC sobre la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas. Según la sentencia, la Directiva protege todos los estadios de la vida humana, al excluir al embrión humano de la protección de las patentes. El fallo proporciona así una correcta definición del “embrión humano” como un “organismo capaz de iniciar el desarrollo de un ser humano”, ya sea el resultado de la fecundación o el producto de una clonación. Cfr. Histórica sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, (Luxemburgo, 28/11/11), Agencia informativa AICA en [http://www.aica.org/index.php?module=displaystory&story\\_id=29492&format=html&fech=2011-11-28](http://www.aica.org/index.php?module=displaystory&story_id=29492&format=html&fech=2011-11-28)

<sup>31</sup> LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias, en “Cuadernos de Bioética”, XVII, 2006/3<sup>a</sup>, Pág. 327-347.

encontradas *in vivo* y derivadas tanto de ES como de fetales y tejido cerebral de adulto. Intentan generarles mutaciones genéticas<sup>32</sup>.

Otra publicación de la Dra. LÓPEZ MORATALLA<sup>33</sup> se refiere a intentos recientes de lograr clones humanos, llegando a la conclusión de que **el poder técnico que permite manipular y retocar los elementos determinantes del ser humano no es una simple experimentación en busca de aplicaciones terapéuticas.**

El profesor Alex KAHN<sup>34</sup>, genetista y director del Cochin Institute de genética molecular de París y secretario del European Life Science High Level Group, con sede en Bruselas, advertía en 2001: “Es un hecho que la genética ofrece hoy posibilidades que pueden ser instrumentalizadas y **generar nuevas formas de racismo.** El riesgo viene de lo que definimos como sociobiología. Lo que antes se quería demostrar a través de los rasgos somáticos hoy se quiere demostrar mediante los genes... Es evidente que existe el peligro de que se llegue a un concepto de personas “genéticamente no correctas” o a establecer una “calidad mínima” para los niños que deben nacer. Y esto es monstruoso” (los resaltados son nuestros).

Decíamos al comienzo de este capítulo que el término “fecundación artificial” abarca un amplio abanico de técnicas y de procedimientos con diversas finalidades. Cabe destacar que **15 años atrás** -en 1997-, el Dr. Antonio MARTÍNEZ<sup>35</sup> ya enumeraba **más**

<sup>32</sup> Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Racionalidad de la investigación ... ibídem, pág. 327-347.

<sup>33</sup> LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La partenogénesis: sin el glamour de la clonación, en “Cuadernos de Bioética” 2004/3ª Pág. 405-415.

<sup>34</sup> La genética, nueva frontera del racismo. Entrevista con el genetista Alex Kahn, presente en la cumbre de la ONU, en “Boletín electrónico Zenit”, 06/09/01, Códice: ZS01090601, www.zenit.org

<sup>35</sup> Las técnicas mencionadas son las siguientes: CIV: Cultivo intravaginal; DIPI: Inseminación intraperitoneal directa; DIFI: Inseminación intrafolicular directa; FIVET: Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones; GIFT: Transferencia intratubárica de los gametos; GIAT: Transferencia intrabdominal de gametos; GIPT: Transferencia intraperitoneal de los gametos; GIUT: Transferencia intrauterina de óvulos y esperma; IA: Inseminación artificial; ICSI: Inseminación intra-citoplasmática de espermatozoides; ICI: Inseminación intracervical; IPI: Inseminación intraperitoneal; ITI: Inseminación intratubárica; IUI: Inseminación intrauterina; LTOT: Transferencia ovocitaria en la trompa proximal; MESA: Aspiración de los espermatozoides del epidídimo y subsiguiente TEST; OPT: Capta-

**de 25 posibles técnicas de fecundación artificial.**

Todas ellas involucran la preparación del semen con técnicas especiales, que permiten separar los espermatozoides funcionalmente normales del resto de las sustancias que componen el eyaculado<sup>36</sup>. La obtención de la muestra seminal puede hacerse a través de una relación sexual -utilizando un preservativo especial

ción ovocitaria y transferencia intrauterina; PRETT: Transferencia intratubárica del embrión; PROST: Transferencia intratubárica en el estadio pronuclear; SUI-ZI: Inseminación sub-zonal del ovocito; TC-GIFT: GIFT transcervical; TC-TEST: TEST transcervical; TEST: Transferencia intratubárica del embrión; TOAST: Transferencia intrauterina de óvulos y espermatozoides por vía transcervical; VITI: Inseminación intratubárica por vía vaginal; ZIFT: Transferencia intratubárica del cigoto. Cfr. MARTINEZ, Antonio R., La infertilidad y sus tratamientos, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente... ibídem., pág. 26-34.

<sup>36</sup> La fragmentación del DNA espermático se refiere -según los centros que realizan las técnicas de fecundación artificial- a roturas o lesiones en el material genético del espermatozoide. A mayor número de lesiones, menor será la integridad del material genético y las probabilidades de que se produzca un embarazo a término. ¿Cómo se detecta la fragmentación en el DNA espermático? Existen varios métodos para medir los niveles de fragmentación. El Centro Especializado en Reproducción (CER) de Buenos Aires desarrolló el llamado “test de TUNEL”, y obtuvo el primer embarazo con un sistema de Filtrado Selectivo de Esperma, denominado “Separación magnética con Columnas de Anexina V”. La mayoría de los test de fragmentación, incluyendo el test SCSA y el test SCD, miden daño potencial y susceptibilidad a la desnaturalización del DNA y por ello tienen un nivel predictivo más bajo. Por el contrario, el test TUNEL mide daño real y tiene un alto valor predictivo en técnicas de fecundación artificial. Los espermatozoides se reaccionan con una enzima y aquellos espermatozoides con DNA fragmentado muestran o bien una coloración por microscopia de campo claro o fluorescencia de color verde si se visualizan por microscopia de fluorescencia.

La doctora Ester POLAK de FRIED, directora del departamento de Medicina Reproductiva del CER y profesora de Endocrinología Reproductiva de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, explica que “esta técnica experimental de filtrado selectivo de espermatozoides permite separar a los sanos de aquellos que tienen una alta fragmentación de ADN y por lo tanto no prosperarán en un procedimiento de fertilización asistida”. Los espermatozoides seleccionados se emplean para fecundar el óvulo mediante ICSI (Inyección Intracitoplasmática de un espermatozoide), y posteriormente se transfiere el embrión al útero de la madre. Cfr. Columnas de anexina, Test de tunel, Desfragmentación ADN, en <http://nuestromilagroerestu.blogspot.com/2010/02/columnas-de-anexina-tes-de-tunel.html>

para tal fin-, o por vía de masturbación<sup>37</sup> u otros procedimientos<sup>38</sup>. Por otra parte, habitualmente se induce en la mujer una estimulación variable de los ovarios a fin de aumentar el número de óvulos fecundables, lo que redundaría en un incremento de las posibilidades de embarazo.

Sin entrar en un análisis profundo desde el punto de vista técnico, se pueden diferenciar dos grupos:

1. Las técnicas de fecundación “*in vivo*” o intracorpórea, en las cuales el óvulo y el espermatozoide se encuentran y fecundan dentro del cuerpo de la mujer. Se distinguen a su vez dos variantes: transferencia sólo de espermatozoides o inseminaciones (IUI,

<sup>37</sup> Un estudio cualitativo basado en entrevistas semidirigidas demostró manifiestamente la dimensión del malestar, desconcierto y vergüenza suscitados en los hombres a los que se les solicita se masturben para obtener su semen para realizar estas técnicas de fecundación artificial, todo lo cual es banalizado por los médicos que las realizan. El estudio concluye que “la práctica de la recolección de esperma tendría como efecto principal la cosificación de sus protagonistas”. GIAMI, Alain, La producción de esperma en el laboratorio: una experiencia subjetiva difícil para los hombres. En “Subjetividad y Procesos Cognitivos”, Vol. 14, Nº 1, 2010, Pág. 79-102, ISSN impreso: 1666-244X, ISSN electrónico: 1852-7310.

<sup>38</sup> “La vibración aplicada en la cabeza y el tronco del pene, puede estimular la eyaculación, en los hombres con pérdida del control del reflejo eyaculatorio... Uno de los efectos colaterales posibles de la estimulación por vibración es la **disreflexia autonómica**, un trastorno potencialmente amenazante para la vida, que puede causar presión extremadamente alta... La electroeyaculación con transductor rectal ha sido utilizada durante más de una década. Los nervios responsables de la eyaculación son estimulados en forma directa... Algunos espermatozoides se dirigen a la vejiga más que hacia el exterior del pene (esto se conoce como eyaculación retrógrada), lo que requiere una recolección de espermatozoides de la orina. Luego el semen es procesado para IUI o para FIV. La disreflexia autonómica es el efecto colateral más importante, y en algunos casos, el procedimiento puede dar lugar a rectitis o áreas de necrosis en el recto... Los espermatozoides pueden ser extraídos de cualquier sitio dentro del trayecto de la eyaculación, incluyendo el conducto deferente, el epidídimo, y los testículos... Pese a la relativa facilidad para adquirir espermatozoides utilizando las técnicas descritas anteriormente, el índice global de embarazos permanece bajo... La muestra de semen típica, obtenida mediante la estimulación por vibración o mediante la electroeyaculación con transductor rectal, contiene un gran número de espermatozoides de mala calidad. El índice global de embarazos, informado en grandes estudios, es menor al 20 por ciento.” Lesión en la Columna Vertebral, en [http://www.infertilidadonline.com.ar/lesion\\_columna.htm](http://www.infertilidadonline.com.ar/lesion_columna.htm)

DIPI, DIFI); transferencia de gametos (GIFT<sup>39</sup>, GIAT, TOAST);

2. Las técnicas de fecundación “*in vitro*” o extracorpórea, en las cuales el óvulo extraído es puesto a fertilizar por los espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer. También se distinguen dos variantes: la fecundación pasiva (FIVET; PROST; TET; ZIFT) y la fecundación activa o micromanipulación (SUIZI; ICSI).

Según participen o no gametos de terceros, la fecundación artificial puede ser: homóloga o intraconyugal y heteróloga o extraconyugal, siendo ésta la realizada con uno o los dos gametos provistos por terceros ajenos al matrimonio o a la pareja.

Nos referiremos en esta obra exclusivamente a la fecundación extracorpórea.

## 2. La técnica de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria.

La técnica de fecundación extracorpórea que más se ha utilizado es la fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria (en adelante, FIVET). Datos correspondientes a 1999 recopilados por la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE), aunque se refieren solo a Europa, resultan significativos, ya que en ese continente se realizan el 60% de todos los tratamientos de reproducción asistida. Los datos muestran que el 48,5% de los ciclos de fecundación extracorpórea realizados en Europa fueron con FIVET. La segunda técnica más usada (36,8% de los casos) re-

<sup>39</sup> El médico argentino Ricardo ASCH refiere haber logrado el primer nacimiento de niños (fueron mellizos) mediante la técnica GIFT, en 1984, y la comunidad científica internacional le atribuye ser el inventor de la misma. En 2001 fue acusado por más de 70 mujeres estadounidenses por haberse apropiado de sus óvulos e incluso de sus embriones y haberlos traficado, razón por la cual es buscado por el FBI. Cfr. El argentino más buscado por el FBI: Más de 70 mujeres lo denunciaron por apropiarse de su material genético en una clínica de California, Diario La Nación (26/05/01) en <http://www.lanacion.com.ar/307863-el-argentino-mas-buscado-por-el-fbi>; Caso Irvine: EEUU pedirá a México entrega de médico argentino: Es en el caso de tráfico de óvulos y embriones, (28/12/10) en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/caso-irvine-eeuu-pedira-mexico-entrega-de-medico-argentino>; Publicita Scioli a un polémico especialista: Es Ricardo Asch, quien estuvo 15 años prófugo, Diario La Nación (13/05/11) en <http://www.lanacion.com.ar/1372890-publicita-scioli-a-un-polemico-especialista>

sulta la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)<sup>40</sup>, porcentaje que va en aumento, aunque se proyecta que será superada por la PICSÍ<sup>41</sup>.

Dado que ha sido la técnica más utilizada, describiremos brevemente la FIVET. La técnica consiste en tomar óvulos del ovario de la mujer, permitir que sean fecundados en una placa de Petri por espermatozoides de un varón, y transferir algunos de los seres humanos embrionarios resultantes al útero de la mujer que aportó el óvulo, o al de otra mujer<sup>42</sup>.

Como en cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual resulta insuficiente para asegurar un rendimiento aceptable del procedimiento, se recurre a practicar una hiperestimulación hormonal del ovario<sup>43</sup> de la mu-

<sup>40</sup> Cfr. La reproducción asistida en cifras, en "Aceprensa" N° 104 del 2003, en formato digital.

"La Inyección intra citoplasmática de espermatozoide (ICSI) es una forma de fertilización *in vitro* dirigido a parejas infértiles en que debido a múltiples factores, los espermatozoides no tienen la capacidad de penetrar al interior del ovocito. Cuando esto ocurre, es necesario facilitar la fecundación, inyectando un espermatozoide al interior del ovocito. Esto se realiza usando equipos de magnificación (microscopio invertido), equipado con sistemas hidráulicos que permiten introducir el espermatozoide suavemente, usando una finísima aguja de vidrio". RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida. (Santiago de Chile, 1998). En <http://www.redlara.com/>

<sup>41</sup> La técnica denominada PICSÍ combina la técnica ICSI con una previa selección de espermatozoides para descartar los apoptóticos. Cfr. RAWÉ, Vanesa, AAVV, Separación magnética por columnas de anexinas V: "filtrado molecular" para la selección de espermatozoides no apoptóticos, en Revista de SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) "Reproducción" 2009; 24:104-114.

<sup>42</sup> ROJAS, Ana G., Se alquila vientre en India, Diario El País (Anand/Mumbai, 03/08/2008), en [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/ventre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/ventre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes)

<sup>43</sup> Esto genera daños en su salud, tal como desarrollaremos en el capítulo siguiente. La Dra. MONTANARI -médica genetista- explica: "En la aplicación de las técnicas de reproducción artificial humana (TRHA) se distinguen cinco momentos que **conlleven riesgo para la salud física, psíquica y emocional de la mujer**: 1) Estimulación hormonal: con altas dosis de citrato de clomifeno, gonadotropinas (FSH y LH), gonadotropina coriónica humana y gonadotropina menopáusica. La droga más comúnmente utilizada para el reclutamiento folicular es el citrato de clomifeno (CC), droga sintética disponible con los nombres comerciales de Serofene o Genozin. Sus propiedades antiestrogénicas afectan

la actividad ovárica con aumento en la secreción endógena de gonadotropinas hipofisarias (FSH foliculoestimulante y LH luteinizante), pudiendo ocasionar abortos espontáneos, poliquistosis ovárica, síndrome de folículo luteinizado no roto, embarazo ectópico y anomalías cromosómicas en ovocitos de mujeres sometidas a TRHA. Es de destacar negativamente su similitud con el dietilestilbestrol (DES), estrógeno no esteroídico de uso prohibido por los efectos adversos que ocasiona. Otras sustancias comúnmente utilizadas en la estimulación ovárica son la hormona gonadotropina coriónica humana (HGCh) y la hormona gonadotropina menopáusica (HGM), inductoras de la ovulación con efectos secundarios indeseables...

A pesar del denso manto de silencio que envuelve a las unidades sanitarias de reproducción asistida, en la actualidad se sabe que los métodos empleados para conseguir descendencia conllevan altos riesgos, o efectos indeseados, para la integridad física y para la vida de las mujeres que se someten a estas prácticas. En primer lugar están los riesgos derivados a los tratamientos hormonales. Según algunos expertos estos están indicados sólo para un pequeño número de mujeres, cuya actividad ovárica es prácticamente nula. Sin embargo se aplican con el solo objeto de mejorar el rendimiento de las mujeres que ovulan espontáneamente, por lo que su uso ha sido calificado de **"encarnizamiento terapéutico"**. Los éxitos obtenidos son escasos: ovulación en el 80% y embarazo en el 30-40% de los casos, sin olvidar el aumento de abortos espontáneos, 25% de los casos. Entre los **efectos adversos del fármaco** más comúnmente utilizado, citrato de clomifeno (CC), se refieren aumento del tamaño ovárico con dolor abdominal y riesgo de torsión anexial con infarto ovárico (situación grave de emergencia quirúrgica con riesgo de vida para la mujer); quistes ováricos con esterilidad secundaria irreversible, dolor abdominal, dolor pélvico, síndrome de hiperestimulación ovárica (1-5% de los casos) con náuseas, vómitos, ascitis e hidrotórax, riesgo de shock y muerte; urticaria, erupciones exantemáticas, visión borrosa, diplopia, fotofobia, cataratas, mareos, vértigo, insomnio, depresión, polaquiuria, polifagia y aumento de peso, hepatotoxicidad; desarrollo folicular múltiple, embarazo múltiple (7-18% de los casos) y **aumento de riesgo para cáncer de ovario**. Estos fármacos utilizados por períodos prolongados y en altas dosis, **umentan 5 a 14 veces el riesgo de cáncer de útero (endometrio) y otros órganos y tejidos hormono-dependientes (mama, ovario y útero) desarrollándose tumores de mayor tamaño y con mayor tendencia a producir metástasis**. También se eleva la incidencia de enfermedades tromboembólicas y otras enfermedades vasculares trombóticas (tromboflebitis, embolia pulmonar, ictus e infarto de miocardio). De lo antedicho resulta que los estrógenos tienen contraindicación absoluta en pacientes con cáncer de mama sospechado o diagnosticado o antecedentes familiares de primer grado de cáncer de mama (madre o hermana con cáncer de mama), pacientes con cualquier neoplasia estrógeno-dependiente, con hemorragias vaginales cuya causa permanece sin diagnosticar, con enfermedades tromboembólicas o tromboflebitis activa o historia de tromboflebitis asociada al uso anterior de estrógenos (anticonceptivos)" (los resaltados son nuestros). Cfr. MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial, consentimiento informado y mala

jer a fin de provocar la maduración simultánea de varios folículos ováricos. Se garantiza así poder extraer de los ovarios<sup>44</sup> varios óvulos para realizar la FIVET.

La hiperestimulación ovárica permite recoger óvulos en número plural (lo ordinario es de seis a diez), los cuales son inmediatamente fecundados, pues son células de corta supervivencia. Como no se pueden conservar vivos mucho tiempo ni resisten bien el proceso de conservarlos en estado de congelación para descongelarlos después, hay que fecundarlos pronto, con lo que se obtiene un elevado número de embriones.

Ya que, una vez fecundados, no se pueden transferir a la madre todos los embriones resultantes -por el peligro de producir un embarazo múltiple<sup>45</sup> que difícilmente llegaría a término-, se intenta conservar los embriones más “aptos” en estado de congelación<sup>46</sup>

praxis: Informe de daños psicofísicos en la madre y malformaciones genéticas de la prole que no deben ser omitidos por abogados y jueces, en “El Derecho” (en prensa).

<sup>44</sup> “Superado el riesgo correspondiente a este primer momento de preparación e inducción de la ovulación, se pasa a la extracción de los óvulos, instancia también riesgosa, con reporte inclusive de mortalidad de pacientes durante esta etapa del proceso. La recolección de los ovocitos mediante laparoscopia puede ocasionar daños en los ovarios y adherencias que a su vez pueden obliterar las trompas. La punción, aunque guiada ecográficamente, presenta riesgos tales como lesiones en vejiga y uretra seguidas de hemorragias”. MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial... *ibídem*.

<sup>45</sup> El Consejo Médico de California revocó la licencia del médico especialista en fertilidad -Dr. Michael KAMRAVA- que ayudó a Nadya SULEMAN a convertirse en madre de 14 hijos a través de múltiples tratamientos *in vitro*. Como consecuencia del último tratamiento, SULEMAN quedó embarazada de octillizos. Cfr. MOHAJER, Shaya T., El especialista en fertilidad de “Octomamá” pierde su licencia, (Los Ángeles, 01/06/11), The Associated Press, en <http://entretenimiento.terra.com.ar/el-especialista-en-fertilidad-de-octomama-pierde-su-licencia,6ce1498a08d40310VgnVCM400009bf154d0RCRD.html>

<sup>46</sup> “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”. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre Fertilización asistida, publicada como “Solicitada” en el Diario La Nación el 23/09/95 en

para transferirlos en ciclos sucesivos (los embriones resisten mejor la congelación que los óvulos sin fecundar<sup>47</sup>). En efecto, en cada ciclo, se transfieren a la mujer unos pocos embriones, normalmente tres, para evitar el riesgo de embarazo múltiple que se seguiría en caso de transferir más. Si es posible, siempre se transfiere más de uno, para garantizar así la mayor tasa posible de éxitos. Tras la transferencia de algunos de los embriones producidos, quedan embriones “sobrantes” congelados, que quizá se descongelen luego y los “sobrevivientes” se empleen para ulteriores transferencias en caso de que falle la primera que se ha realizado<sup>48</sup>. Puede suceder también que, una vez nacido el/los niños como consecuencia de un procedimiento “exitoso”, quienes solicitaron la fabricación de los embriones deseen que nazca otro más, y no opten por recurrir a una nueva “producción” de embriones sino a descongelar los que están “crioconservados”<sup>49</sup>.

Es importante destacar que, en la mayoría de los casos, se procede incluso al **congelamiento** de los embriones **destinados a la primera transferencia**, porque la estimulación hormonal del ciclo femenino produce efectos que aconsejan esperar la normalización de las condiciones fisiológicas, antes de proceder al traslado de los embriones al seno materno<sup>50</sup>.

<http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm#La%20t%C3%A9cnica%20de%20la%20clonaci%C3%B3n%20artificial%C2%A0>

<sup>47</sup> El tema del congelamiento de gametos y de embriones se desarrollará en el capítulo siguiente.

<sup>48</sup> Cfr. HERRANZ, Gonzalo, Informe sobre la FIVET, en “Centro de documentación de Bioética” de la Facultad de Medicina, Ciencias y Farmacia. Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/cdb/dhbgfivet.html>

<sup>49</sup> “En 1996 obtuvo varios embriones en una clínica de fertilización. Con uno de ellos nació su primer hijo y a los otros los congeló. Hace 3 meses le hicieron un nuevo implante y ahora está embarazada de nuevo”. Tiene 47 años y vive en Caballito: Logró quedar embarazada con un embrión congelado hace 10 años, Diario Clarín (04/10/2006) en <http://edant.clarin.com/diario/2006/10/04/sociedad/s-02815.htm>

<sup>50</sup> Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción Dignitas Personae... *ibídem*, N° 18. Esto se denomina “ventana de implantación” y se abordará con más profundidad en el capítulo III.

Por otra parte, una especialista de la Universidad de la Coruña<sup>51</sup> sostiene que, si se logra la implantación (anidación del embrión en el endometrio uterino), los riesgos continúan en forma de abortos (2 a 3 veces más frecuentes que en embarazos espontáneos), de embarazos ectópicos (2 a 5 veces más frecuentes) y de embarazos múltiples<sup>52</sup>. Sobre estos últimos se establece el “porcentaje de éxito” de la fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria.

Por otra parte cabe señalar que, si un embarazo originado en una técnica de fecundación artificial avanza, el nacimiento tendrá lugar mediante operación cesárea, muy probablemente antes de cumplirse el término (40 semanas de edad gestacional) con la morbilidad que implica para la mujer y para el niño nacido pretérmino (prematurez, bajo peso)<sup>53</sup>.

La posibilidad de producir un hijo mediante esta técnica FIVET implica la concepción de que la vida no es un don que se recibe sino algo que se “fabrica” cuando y como se desea<sup>54</sup>. Y, generalmente, se desea que ese niño no tenga defectos de ningún tipo<sup>55</sup>, como mínimo (hay padres que llegan incluso a encargar “niños a la carta” –si se nos permite la expresión-, es decir, de un de-

<sup>51</sup> Cfr. CAMBRÓN Ascensión, Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos, en [http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension\\_cambron/fecundacion.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension_cambron/fecundacion.pdf)

<sup>52</sup> “Muchas mujeres norteamericanas, ante el embarazo múltiple, deciden eliminar a uno de dos, en caso de mellizos, o a más si el embarazo es múltiple, a cuyo efecto generalmente se aplica una inyección de cloruro de potasio en el pecho del niño condenado, lo que se puede ver por medio de técnicas de ultrasonido”. Selección letal, Editorial del Diario La Nación (Buenos Aires, 22/09/11), en <http://www.lanacion.com.ar/1408268-seleccion-letal>

<sup>53</sup> Cfr. MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial... *ibidem*.

<sup>54</sup> Este tema se desarrollará en el capítulo III.

<sup>55</sup> El Dr. Hugo JOVANOVIĆ explica que las técnicas de fecundación artificial están sometidas a una lógica de producción industrial, conllevando el correspondiente control de calidad sobre los insumos, el proceso productivo y el producto final. JOVANOVIĆ, Hugo, Aspectos sociales de las técnicas de fecundación artificial humana: Impacto en el sistema de salud, Conferencia dictada en la “Jornada formativa sobre fecundación in vitro y otras técnicas de fecundación artificial humana” (San Miguel de Tucumán, 05/11/2011), organizada por la Fundación Humanitas et Sapientiae. Inédita.

terminado sexo<sup>56</sup>, color de ojos, etc.). Por esta razón, la técnica arriba descrita se acompaña, de hecho, de otra serie de acciones: v. gr. se practica el control de calidad de los embriones, mediante el diagnóstico preimplantatorio, para evitar los posibles defectos genéticos del embrión. En consecuencia, se destruye mediante lo

<sup>56</sup> “Más del 40 por ciento de las clínicas de fertilización asistida de los Estados Unidos ofrecen a las parejas la posibilidad de elegir el sexo del futuro bebé mediante el diagnóstico genético preimplantatorio... “El consorcio sobre Diagnóstico Preimplantatorio de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE), que agrupa a 67 laboratorios de diagnóstico preimplantatorio alrededor del mundo, acordó hace cuatro años en llamar PGSS (en lugar de DGP), según sus siglas en inglés, al diagnóstico preimplantatorio para sexado **sin motivaciones médicas**”, explica el doctor Roberto Coco, miembro fundador y director del Laboratorio de Genética y Reproducción de Fecunditas... “En Fecunditas, de aproximadamente ciento cinco procedimientos de diagnóstico preimplantatorio que realizamos al año, cinco corresponden a PGSS aunque las consultas van en aumento”, afirma el doctor Coco. Según el especialista, la mayoría de las parejas que piden el PGSS son aquellas que tuvieron hijos de un determinado sexo y que les gustaría tener otro, de otro sexo. La doctora Susana Sommer, experta en bioética y profesora de Ética en la Maestría de Biología Molecular Médica de la Universidad de Buenos Aires (UBA), señala algunas de las tantas motivaciones que llevan a los padres a elegir a un varón o a una nena: “En algunas culturas confieren mayor valor a los hijos varones, en otros casos, la aspiración es equilibrar la cantidad de hijos de cada sexo y, a veces, se pretende reemplazar un hijo muerto por otro del mismo sexo...” (los resaltados son nuestros). GELLER, Bruno, Para elegir el sexo del futuro bebé, (22/12/07), Agencia CyTA-Instituto Leloir, en [http://www.diarioc.com.ar/tecnologia/Para\\_elegir\\_el\\_sexo\\_del\\_futuro\\_bebe/100313](http://www.diarioc.com.ar/tecnologia/Para_elegir_el_sexo_del_futuro_bebe/100313)

Cabe alertar, tal como lo hace el Centro de Bioética, sobre la discriminación que esta práctica implica, y los desequilibrios sociales que genera. En este sentido, “el 3 de octubre de 2011 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Resolución 1829 (2011) y la Recomendación 1979 (2011) sobre selección del sexo prenatal, a fin de afrontar el problema de la eliminación sistemática de niñas antes del nacimiento a través de abortos selectivos... También se refiere a la necesidad de limitar el diagnóstico genético preimplantatorio como herramienta para la selección del sexo (Res. 1829, n. 7) y solicita a los Estados Parte a que recolecten información y supervisen las tasas de sexo en los nacimientos y tomen medidas para evitar desequilibrios, se haga investigación sobre el tema en torno a ciertas comunidades específicas y se recolecte información sobre el uso de las técnicas de fecundación artificial en este punto, se haga investigación sobre las causas de esta selección y se impulse a los comités de ética nacionales a dar lineamientos sobre el tema (Res. 1829, n. 8)”. CENTRO DE BIOÉTICA PERSONA Y FAMILIA, El Consejo de Europa pide prohibición del aborto selectivo por razón del sexo, en <http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/aborto/europa-pide-prohibicion-del-aborto-selectivo.html>

que se podría llamar “aborto *in vitro*” a los embriones defectuosos. Y posteriormente se eliminan, mediante el aborto eugenésico, los embriones con malformaciones –quizá no detectadas por medio del diagnóstico preimplantatorio pero sí mediante el diagnóstico prenatal<sup>57</sup>- que hayan sido transferidos al vientre materno. Literatura científica asevera que la incidencia de malformaciones congénitas<sup>58</sup> es más elevada en embriones producidos mediante la FIVET que los concebidos según el orden natural<sup>59</sup>.

La fertilización *in vitro* ha llevado a la realización de otros procedimientos complementarios, que si bien no son imprescindibles, suelen ser usuales en la práctica, tales como el descarte o desecho de los embriones que no se transfieren a la mujer como consecuencia de: la selección que se haga de los que se conside-

<sup>57</sup> Al respecto puede consultarse la obra de LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, (Buenos Aires, 2011). Edit. Educa, en especial el capítulo 12, titulado “El diagnóstico prenatal y el diagnóstico genético preimplantatorio”.

<sup>58</sup> “Los preparados que se aplican en los tratamientos de fecundación ‘in vitro’ pueden aumentar el riesgo de aparición de anomalías genéticas y provocar el nacimiento de un niño enfermo. A esta conclusión llegó un grupo de científicos que comparó las anomalías en los óvulos antes y después de la fecundación. El grupo de investigadores dirigido por el profesor Alan Handyside del Centro de Fertilidad, Ginecología y Genética London Bridge, Reino Unido, estudió las alteraciones genéticas que se producen en las células durante el proceso de meiosis, división celular... En el proceso de la división la célula puede adquirir un cromosoma extra, especialmente en mujeres mayores de 35 años. Esto puede llevar al nacimiento de un niño con graves enfermedades genéticas como, por ejemplo, el síndrome de Edwards o el síndrome de Down. Los expertos advierten que el riesgo lo pueden producir altas dosis de la hormona folículo estimulante (FSH), que estimula el crecimiento de los folículos ovarios. Los médicos introducen en el organismo de las pacientes FSH sintética, lo que provoca la hiperestimulación de los ovarios, haciéndolos producir varios óvulos. Según explicó el profesor Alan Handyside, citado por The Telegraph, la estimulación artificial puede provocar anormalidades porque el proceso es diferente del embarazo normal, y puede provocar más errores. Estos resultados comprueban los estudios anteriores que mostraron que los óvulos desarrollados con altos niveles de FSH son más propensos a tener problemas de cromosomas”. Cfr. Fecundación In Vitro puede generar problemas genéticos, en <http://www.ticovision.com/cgi-bin/index.cgi?action=viewnews&id=6383>

<sup>59</sup> Cfr. HERRANZ, Gonzalo, Informe sobre la FIVET... ibídem.

ran más “aptos”, o de acuerdo a su sexo<sup>60</sup>, o por la eliminación de los que superen la cantidad requerida por la gestante, o por la no aceptación por parte de ésta de la implantación de los embriones crioconservados, o por el fallecimiento de la madre biológica y la no implantación posterior en otra madre<sup>61</sup>. Asimismo puede acaecer el fallecimiento del padre<sup>62</sup> o su negativa a la transferencia de los embriones<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> “Un matrimonio abortó a los gemelos que estaban esperando, después de un tratamiento de fertilización in vitro y han recurrido a los tribunales en Australia para forzar el sexo de su próximo hijo, porque quieren una niña”. Matrimonio abortó a sus gemelos porque quieren una niña, en Diario 7 (15/01/11), en <http://diario7-archivos.blogspot.com/2011/01/matrimonio-aborto-sus-gemelos-porque.html>

<sup>61</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La cultura de la muerte, en “La Ley”, 2008 - D, 04/07/08.

<sup>62</sup> Los parlamentarios franceses aprobaron la transferencia de embriones al útero de la madre tras la muerte del progenitor, pero en un período mínimo de seis meses y máximo de 10 meses tras la defunción. Cfr. Parlamento francés consiente fecundación post-mortem, (11/02/11) en <http://www.juventudrebeldede.cu/ciencia-tecnica/2011-02-11/parlamento-frances-consiente-fecundacion-post-mortem--2/>

<sup>63</sup> “El 10/4/2007 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en la causa Evans v. The United Kingdom (Application no. 6339/05), que los tribunales británicos no habían vulnerado los derechos humanos de Natalie Evans, cuando ampararon a su ex prometido Howard Johnston que le impedía gestar sus embriones fecundados. La mujer alegaba que su pareja había dado el consentimiento para fecundarlos, y ahora no podía negarse a la implantación. El tribunal consideró que la normativa comunitaria no impone una regulación específica sobre la fecundación in vitro, respecto de la que no hay consenso en Europa, y que la legislación inglesa que permitía revocar el consentimiento en cualquier momento era clara y puesta en conocimiento de la interesada, y que guarda un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos. La solución a dar al problema de los embriones crioconservados, más aún cuando uno de sus progenitores rechaza su transferencia al útero, es compleja. De todos modos, es cuestionable que se procure resolver el tema sin atender al bien y el derecho del embrión, sino mirando exclusivamente el interés de sus padres”. MORELLI, Mariano, Procreación Artificial. Justicia y Panorama jurídico internacional, en <http://dc112.4shared.com/doc/yZeOmF2X/preview.html>  
Cabe destacar que la justicia argentina ha dado una solución diferente a un caso similar planteado ante sus estrados, que se analizará en el capítulo V. Cfr. Juzgado Nacional en lo Civil n° 92 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) *in re* P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias, confirmado por la CÁMARA NACIONAL CIVIL Sala J, 13/09/11, en <http://www.diariojudicial.com/fuero civil/Autorizan->

### 3. La denominación “preembrión”

En sus comienzos, una de las fundamentaciones de la pretensa licitud de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea se basó, entre otros argumentos, en la supuesta existencia de un estadio no humano, denominado “preembrión”, que iría desde la penetración del óvulo por el espermatozoide hasta los 14 días de vida. Es decir que “quienes hacen uso de este término lo aplican para referirse a la realidad biológica comprendida entre la fecundación y el día 14 del desarrollo embrionario humano”<sup>64</sup>.

Como expondremos más adelante, esto es un artilugio semántico para desproteger jurídicamente al embrión en las primeras etapas de su desarrollo. Demostraremos a continuación la inconsistencia de la hipótesis del “preembrión”<sup>65</sup>.

#### 3.1. Escaso uso en la literatura científica

El principal argumento al que se recurre en favor del empleo del término “preembrión” y de la consecuente posible redefinición de la embriogénesis humana es que se trataría de un concepto nuevo, de creciente aceptación en la literatura científica especializada.

Un exhaustivo estudio (fundado en la base de datos del Science-Citation-Index-Expanded del Web-of-Knowledge)<sup>66</sup>, que hace un

a-una-mujer-a-que-se-implante-embriones-crioconservados-20110922-0009.html

<sup>64</sup> VIVANCO, Luis; BARTOLOMÉ, Blanca; MARTÍNEZ, Alfredo, *Tendencia del uso del término “preembrión” en la literatura científica: análisis comparado entre 1999 y 2008*, en “Cuadernos de Bioética” XX, 2009/3ª, pág. 554.

<sup>65</sup> La ministra de Sanidad de España, Elena SALGADO, acusó a los que se opusieron a la sanción de la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida Nº 14/06 -que amplía la autorización de las prácticas de fecundación artificial extracorpórea- de atender a criterios “pseudo religiosos”, así como de ignorar las opiniones “científicas” sobre el tema. Cfr. *El Congreso da luz verde a los “bebés medicamento” con el PP en contra*, en “La Razón”, <http://www.prensaescrita.com/diarios.php?codigo=S&pagina=http://www.larazon.es> Pero, ¿son verdaderamente “criterios científicos” los que fundamentan las técnicas de fecundación artificial extracorpórea? Mostraremos en este capítulo que no lo son.

<sup>66</sup> En efecto, los datos del estudio fueron recogidos de la base de datos del Science-Citation-Index-Expanded del Web-of-Knowledge. Se tomó como cri-

análisis estadístico comparado del uso de este término en relación a los términos “embrión”, “embrión preimplantatorio” y “blastocisto” teniendo como referencia diez años de publicaciones científicas, muestra la inconsistencia de este argumento. Un estudio bibliométrico anterior (basado en Medline de la Universidad de Murcia y de la National Library of Medicine americana)<sup>67</sup> comprobó el escaso éxito que el término “preembrión” ha tenido en la literatura científica, quedando su uso cada vez más relegado a las revistas de fecundación artificial. Un estudio más reciente de los mismos autores<sup>68</sup>, que abarca una búsqueda bibliográfica en las bases de datos PubMed con los términos “*embryo and status*” (embrión y *status*), “*human embryo and ethics*” (embrión humano y ética) y “*embryo and personhood*” (embrión y personalidad)

terio de inclusión todas las publicaciones realizadas entre 1999 y el 2008 e introducidas en el sistema hasta diciembre de 2008. El análisis cronológico refuta la supuesta tendencia creciente del uso del término “preembrión”. El estudio demuestra que el término, lejos de mostrar una supuesta aceptación en la literatura científica especializada, parece restringirse a un área de estudio muy específica. Por el contrario, términos tales como “embrión”, “embrión preimplantatorio” o “blastocisto” cuentan con una buena aceptación y son de uso general en la literatura científica mundial. Cfr. VIVANCO, Luis; BARTOLOMÉ, Blanca; MARTÍNEZ, Alfredo, *Tendencia... ibidem*, pág. 554.

<sup>67</sup> Cfr. FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis M., *Génesis y uso del término “pre-embrión” en la literatura científica actual*, en “Persona y Bioética”, Vol. 2, No 2 (1998). Págs. 105-138. Para este estudio, FERRER COLOMER y PASTOR GARCÍA revisaron el Medline de la Universidad de Murcia -que abarca una distribución por años desde 1991 a 1997-, completándolo con el Medline que ofrece la National Library of Medicine americana -último año (1997), últimos 2, 5 y 10 años y todo completo-. Este estudio concluye afirmando que los porcentajes de utilización del término “embrión” sobre “preembrión” son considerablemente mayores. Se podría argüir que el término “embrión” es más amplio y podría recoger artículos que se refieran a embriones más allá de los 14 días de desarrollo, lo que hace que la comparación no sea exacta. Hay que reconocer que esto es cierto pero, al mismo tiempo, indicar que la fecundación artificial extracorpórea ha impulsado enormemente los estudios de embriología centrándose la mayoría de ellos en el embrión preimplantatorio. Es muy sintomático que sólo se utilice 32 veces el término “preembrión” frente a 7.324 en que se usa “embrión” teniendo en cuenta que en las revistas de “biología de la reproducción” sólo hay una cita del término “preembrión”.

<sup>68</sup> Cfr. FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR, Luis M., *¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término “preembrión”?*, en “Cuadernos de Bioética” XX, 2009/1ª pág. 107-108.



desde 1995 a junio de 2007 tendiente a conocer los argumentos usados por los partidarios del término “preembrión” para justificar la investigación con embriones humanos, los muestra a modo de objeciones: falta de individualidad y de organización del embrión, alteraciones en el proceso normal de fecundación junto con la necesidad de la implantación, la falta de racionalidad y la falta de potencia para llegar a ser un ser humano y una persona. Estas objeciones han facilitado una falsa justificación para permitir la investigación con embriones humanos hasta el día 14.

Lamentablemente en la actualidad, ante la necesidad de conseguir “material” humano más desarrollado, algunos autores consideran que estaría justificado trazar una nueva línea ética en las 8 semanas<sup>69</sup>, argumentando la falta de organización y de desarrollo neuronal del embrión. Para ello ya no parece útil denominarlo “preembrión”, por el nexo que este término tiene con el día 14, dado que la experimentación pretende realizarse más allá de esa fecha. Por esto se están buscando otras denominaciones que salven el escollo de la palabra “embrión”, pues ésta supone la existencia de un ser humano.

### 3.2. Origen del concepto y del término “preembrión”

En 1979 el Comité Asesor de Ética del Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos recibió el encargo de determinar si y en qué condiciones se podía subvencionar con dinero federal la investigación sobre fecundación artificial extracorpórea.

Para obtener dichos fondos federales, se piensa que el embriólogo Clifford GROBSTEIN introduce ese mismo año el término “preembrión” -referido a la fase de desarrollo embrionaria que va desde la fecundación hasta el día 14- en un artículo titulado External Human Fertilization<sup>70</sup>, con el fin de debilitar el *status* ju-

<sup>69</sup> Cfr. FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR, Luis M., *¿Ya no es útil... ibidem.*

<sup>70</sup> GROBSTEIN, Clifford, External Human Fertilization (Fertilización humana extracorpórea), en “Scientific American”, 240: 57-67 (s/l, 1979), en formato digital. Traducción propia.

rídico del embrión aún no implantado en el útero materno, y así justificar la manipulación inicial de la vida.

Del Comité Asesor norteamericano, la idea de los 14 días pasó al Estado de Victoria, en Australia (Comité Waller, 1982) y al Reino Unido (Comité Warnock, 1984)<sup>71</sup>.

Éste último Comité (Britain’s Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology<sup>72</sup>), en su informe titulado Report of the Committee of inquiry into human fertilization and embryology<sup>73</sup> -vulgarmente conocido como “Informe Warnock”<sup>74</sup>-, no utiliza el término “preembrión” pero toma, como dijimos, el límite del día 14 y asigna al embrión, hasta esa fecha, un *status* especial, de menor protección legal respecto de una persona ya nacida<sup>75</sup>.

El punto 14 del “Informe Warnock” aconseja que ningún em-

<sup>71</sup> Cfr. HERRANZ, Gonzalo, El mito del preembrión. Departamento de Humanidades Biomédicas. Universidad de Navarra. En <http://www.interrogantes.net/Gonzalo-Herranz-El-mito-del-preembrión-Diario-Medico-80I1006/menu-id-26.html>

<sup>72</sup> Comité Británico de Investigación sobre fertilización humana y embriología. Traducción propia.

<sup>73</sup> Informe del Comité Británico de Investigación sobre fertilización humana y embriología. Traducción propia.

<sup>74</sup> Mary WARNOCK presidió el Comité de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (1982-84) en cuyo Informe se basó la ley británica sobre reproducción asistida. Al año siguiente, **casualmente**, fue instituida baronesa vitalicia de Weeke. Cfr. FERNÁNDEZ BURILLO, Santiago, El “Informe Warnock”, Associació Catalana D’Estudis Bioètics, en <http://www.aceb.org/sfb/mw/w7.htm>

<sup>75</sup> “*Its committee report stated: “The human embryo. . . is not under the present law of The United Kingdom accorded the same status as a living child or adult, nor do we necessarily wish it to be accorded the same status. . . The embryo of the human species ought to have a special status”*”. (El Informe del Comité establece: “El embrión humano... no tendrá bajo la presente ley del Reino Unido el mismo *status* que un niño nacido o un adulto, ni deseamos que se le otorgue el mismo *status*... El embrión de la especie humana debe tener un *status* especial”). WARNOCK, Dame Mary, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology. Her Majesty’s Stationary Office. (London, 1984) 27, 63. Cit. por WARD KISCHER, C., The Big Lie In Human Embryology. The Case of the Preembryo (La gran mentira en embriología humana. El caso del preembrión). Traducción propia. En [http://www.lifeissues.net/writers/kisc/kisc\\_11bigliepreembryo.html#a10](http://www.lifeissues.net/writers/kisc/kisc_11bigliepreembryo.html#a10)

brión humano derivado de la fecundación extracorpórea (congelado o no) se mantenga vivo más allá de los catorce días después de la fecundación: si no es trasladado al cuerpo de una mujer, tampoco se lo puede utilizar como objeto de investigación después de dicho plazo, es decir que debe ser descartado. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión permanece congelado<sup>76</sup>.

Otros autores sostienen que la idea de los 14 días del “Informe Warnock”, se origina en una editorial de la Revista *Nature*<sup>77</sup>: “Es interesante señalar que la adopción en un texto legal del plazo de catorce días para diferenciar el desarrollo embrionario tuvo su **origen** a raíz de un **editorial de la revista Nature**. En él se alentaba a que el Comité Warnock diera algunas sugerencias favorables con relación al uso de los embriones humanos vivos *in vitro* para que pudieran ser utilizados en estudios embriológicos. El Comité debería fijar un tiempo límite en el crecimiento del embrión humano “en cultivo” -que podría corresponder al tiempo normal de la implantación- recomendando que hasta este límite fuera permitida la investigación cuando los estudios con animales no suministraran suficiente información. Finalmente, el Comité Warnock recomendó el límite de 14 días en la investigación embrionaria. No obstante, **declaró abiertamente que este límite de tiempo era un compromiso totalmente arbitrario adoptado “con objeto de mitigar la ansiedad pública” y conceder a los científicos todo el tiempo posible para la investigación embrionaria**<sup>78</sup>.

El enfrentamiento en el seno del Comité entre los que consideraban al embrión humano como un ser al que hay que respetar plenamente en su humanidad y los que tenían una idea evolutiva de la adquisición progresiva de derechos y de respeto, a partir de

un punto de partida prehumano, llevó al Comité al borde de la ruptura. Para apaciguar la situación, M. WARNOCK aconsejó fijar en 14 días después de la fecundación el plazo en el que podría autorizarse la investigación que comprende la destrucción de embriones. Algunos de los miembros del Comité -7 de los 16-, quisieron que sus puntos de desacuerdo se adjuntaran como apéndice al final del Informe. Estos puntos fueron publicados varios años después<sup>79</sup>. Por consiguiente, la aparición de este término permite sospechar que más que designar una fase del desarrollo embrionario, viene a ser una especie de “**concepto metabiológico**”, creado para **enmascarar la condición ontológica** del embrión en estas fases iniciales, de tal forma que no se contradiga la posición ética que previamente se sustenta sobre el respeto no incondicionado al embrión” (los resaltados son nuestros)<sup>80</sup>.

Sea cual fuere el origen del “Informe Warnock”, su **base “científica”** es clara: **la arbitrariedad** (“Un límite de tiempo... arbitrario adoptado para mitigar la ansiedad pública”).

“Aún así el Comité admite que la vida embrionaria empieza con la fertilización: “Una vez que la fertilización ocurre, el proceso de desarrollo subsecuente continúa de uno a otro en un orden sistemático dirigiéndose hacia una división, a la mórula, al blastocisto, al desarrollo del disco embrionario, y así a características identificables dentro del disco embrionario tales como la línea primitiva, pliegue neural y tubo neural”<sup>81</sup>. También reconoce que la vida del embrión es completamente distinta de la vida de los gametos, y que, una vez fecundado el óvulo, “cuando ha empezado el proceso de desarrollo, ningún estadio particular del proceso de desarrollo es más importante que otro; todos forman parte de un proceso continuo, y a menos que cada etapa se lleve a cabo normalmente,

<sup>76</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas... ibidem*.

<sup>77</sup> Editorial, *Britain's test tube babies* (test británico sobre bebés de probeta), en “Nature”, 298 (1982), pág. 570.

<sup>78</sup> NA: “FERRER COLOMER, M.; PASTOR GARCÍA, L. M., *Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios*, en PASTOR GARCÍA, L. M. y FERRER COLOMER, M., *La bioética en el milenio biotecnológico*, (Murcia, 2001). Sociedad Murciana de Bioética. Págs. 105-138”.

<sup>79</sup> NA: “Editorial, *The embryo bill*, en “Ethics and Medicine”, 5 (1989), págs. 33-35”.

<sup>80</sup> DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. Cruz, *La regulación jurídica española del diagnóstico preimplantatorio en la ley de técnicas de reproducción asistida*, en “Derecho y Salud”, vol. 11, enero-junio 2003, págs. 73-84.

<sup>81</sup> NA: “COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Warnock Report*, Londres: Department of Health and Social Security, 1984: 59”.

en el momento adecuado, en la secuencia adecuada, el desarrollo posterior cesará<sup>82</sup>... De modo que, biológicamente, no existe en el desarrollo del embrión ninguna fase particular antes de la cual el embrión “*in vitro*”- podría dejar de ser mantenido en vida<sup>83</sup>... El Comité, si bien declinaba dar una respuesta explícita a la fundamental cuestión de cuándo llega a ser una *persona* el embrión, parece claro que sostiene que la vida humana no empieza cuando se inicia la vida embrionaria. En definitiva se limitó, deliberadamente, a dar normas administrativas, rehusando entrar en discusiones metafísicas<sup>84</sup>. En resumen, según el “Informe Warnock”, hay vida embrionaria desde la fecundación, pero el embrión “goza” de un *status* jurídico especial, de menor protección legal respecto de una persona ya nacida, hasta el día 14 de desarrollo.

Dos años después, en 1986, el término se utilizó en tres publicaciones importantes<sup>85</sup>. Reiteramos que estas publicaciones, en las que “se fueron desarrollando diversos argumentos con el punto de vista de que el recién concebido no es un organismo individual y

<sup>82</sup> NA: “COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Warnock Report*, ... *ibidem*”.

<sup>83</sup> NA: “COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Warnock Report*, ... *ibidem*, parágrafo 11, n° 18”.

<sup>84</sup> FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis M., *Génesis y uso...* *ibidem*.

<sup>85</sup> Las publicaciones son las siguientes: “a) La nota explicativa de la Dra. Penelope LEACH adjunta al Primer Informe de la Autoridad de Patentes Voluntaria para la Fertilización *in vitro* y Embriología Humanas (LEACH, P., Human in Vitro Fertilisation: An Explanatory Note Prepared by Dr. Penelope Leach, in “The First Report of de Voluntary Ucenicing Authority for Human in Vitro Fertilisation and Embryology”, Londres: The Medical Research Council, 1980, Annex, 3: 39-40); b) Un documento, ampliamente influido por el pensamiento del Profesor Clifford GROBSTEIN, titulado Consideración Ética de la nueva Tecnología de la Reproducción por el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilidad (AMERICAN FERTILITY SOCIETY, *Ethical Consideration of the new Reproductive Technology*, in “Fertility and sterility” 1986, 46, suppl: 1s-94s); c) El documento de la Dra. Anne MCLAREN, Preludio a la Embriogénesis, desarrollado el año anterior al Simposio de la Fundación CIBA sobre la Investigación en embriones (MCLAREN, A., *Prelude to Embryogenesis*, in BOOK, G.; O’CONNOR, M., *Human Embryo Research: Yes or No?*, Londres: The CIBA Foundation, 1986: 5-23). FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis M., *Génesis y uso...* *ibidem*.

que existe una discontinuidad en el desarrollo de una entidad unicelular como es el cigoto y un organismo multicelular de cerca de 14 días después de la fertilización<sup>86</sup>, aparecen **dos años después** del “Informe Warnock”, para intentar “fundamentar” desde un punto de vista “científico” el “límite de tiempo **arbitrario** adoptado para mitigar la ansiedad pública”.

### 3.3. Argumentos desarrollados a posteriori para fundamentar el uso del término “preembrión”.

La existencia del “preembrión” es una “hipótesis (que) se intenta apoyar en el **argumento** de que **a partir del día catorce** tienen lugar dos hechos decisivos: la implantación (teniendo en cuenta la **inviabilidad** del embrión no implantado y la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha) y la **imposibilidad de división embrionaria**” (los resaltados son nuestros)<sup>87</sup>. A estos argumentos se agrega la circunstancia de que en las primeras fases del desarrollo las células del embrión son **indiferenciadas**.

#### 3.3.1. Inviabilidad

La conjetura sobre el “preembrión” fundada en su inviabilidad antes de la anidación, que se produciría -según los propulsores de la hipótesis- el día 14, no se ajusta a los descubrimientos científicos, que muestran que la anidación se produce entre el sexto y séptimo día contados desde la fecundación, y que en el día 14 no tiene lugar ningún acontecimiento de importancia en la vida del embrión. Por otra parte, la inviabilidad antes de la anidación es un dato irrelevante, ya que la nota de viabilidad no es de la esencia del hombre<sup>88</sup>. El **error ontológico subyacente** a este argumento

<sup>86</sup> FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis M., *Génesis y uso...* *ibidem*.

<sup>87</sup> DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. Cruz, *La regulación jurídica...* *ibidem*.

<sup>88</sup> “La **anidación** del embrión sucede entre los días **sexto y séptimo** del desarrollo embrionario, y tiene lugar **sin ningún cambio** que autorice a llamar humano al embrión después de implantado y no humano antes de su implantación. En este sentido, en el día catorce del desarrollo embrionario no tiene lugar ningún cambio de especial importancia. Por otro lado, durante los primeros días

es atribuir el rango de sustancia a un accidente, como lo es el cambio local que se produce al trasladarse el embrión desde la parte superior de las trompas de Falopio hasta el útero materno<sup>89</sup>.

Similar postura sostienen quienes, basándose en su dependencia “absoluta”<sup>90</sup> de la madre y sin negarle al “preembrión” su con-

de existencia, el embrión humano adopta las decisiones biológicas de mayor porte. Tales decisiones son clave para un crecimiento orgánico y hacen que el embrión temprano no sea un tejido homogéneo e indiferenciado. Además, **el hecho de que sin la implantación un embrión sea inviable no significa que un embrión antes de la implantación no sea un embrión humano...** Un hombre adulto también fallece si le falta el alimento o el oxígeno, y este hecho no pone en duda que es un hombre” (los resaltados son nuestros). PARDO, A., Citología de los 15 primeros días del desarrollo embrionario, en “Cuadernos de Bioética”, 3 (1990), pág. 26.

<sup>89</sup> En efecto, que la implantación sea el criterio que determine la aparición de la vida humana es asignarle a un accidente un valor ontológico que no le corresponde. En este sentido, sostiene GUERRA LÓPEZ: “El cambio que sucede en el viviente humano a partir de la fecundación es de orden accidental, no es de orden sustancial, y está direccionado teleológicamente. El sujeto del cambio está ya en acto y por ello en potencia activa para desplegar las virtualidades orgánicas y eventualmente operativas que suelen caracterizar a la persona humana adulta... cuando se suscita un cambio, aún un cambio importante como el relativo al surgimiento de propiedades emergentes nuevas, no son los accidentes los que cambian sino es la sustancia la que se modifica accidentalmente. La emergencia de propiedades no implica cambio sustancial sino modificación en los estados de la sustancia (INCIARTE, F., *Tiempo, sustancia, lenguaje. Ensayos de metafísica*, (Pamplona, 2004), Edit. Eunsa, Caps. IV y V). La gradualidad en el aumento de complejidad, y el surgimiento de las propiedades emergentes asociadas, manifiestan que existe un **programa ordenado de auto-organización enriquecible** el cual no significa nada sino es reconocido como parte del **dinamismo interno del embrión humano**, de su estructuración y de la cooperatividad de sus partes tanto de manera sincrónica como de manera diacrónica” (los resaltados son nuestros). GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología del embrión humano: biofilosofía, biología del desarrollo e individuación humana, ponencia presentada en el Tercer Congreso Internacional de la Federación Internacional de Centros e Instituciones de Bioética de Inspiración Personalista: “Análisis de la Declaración sobre las normas universales de Bioética de la UNESCO”. (Ciudad de México, 29/09/05), en formato digital.

<sup>90</sup> Esa dependencia llega hasta el punto de que “existen elementos maternos que influyen en la determinación de los fenotipos... Durante un cierto tiempo se despliega un proceso en el que elementos provenientes de la madre colaboran a la constitución de lo que eventualmente será propiamente el programa de desarrollo (del cigoto). Un ejemplo a este respecto es la función de la hormona T4 materna. Esta hormona se comunica de la madre al embrión en un cierto

dición de humano -ya que su carga genética<sup>91</sup> es indiscutible<sup>92</sup>-, pretenden negarle el carácter de persona<sup>93</sup> y así no reconocerle derecho alguno, ni siquiera el derecho a la vida. Al respecto cabe

momento de su desarrollo antes de que éste pueda expresar su propia T4. La hormona regula la expresión de los genes del embrión que son esenciales para el desarrollo del sistema nervioso. Sin ella, por más que se tenga un código genético completo, éste no se expresa de la manera adecuada y por ende no cumple su función plena de programa de desarrollo”. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibídem.

<sup>91</sup> En efecto, “la fecundación del óvulo por el espermatozoide da lugar a la célula más especializada que pueda existir, en el sentido que ninguna otra célula poseerá jamás las mismas instrucciones a lo largo de la vida del individuo. La molécula del ADN descubierta por WATSON y KIRK hace más de cincuenta años, en la cual se encuentra el código genético, contiene instrucciones que se comunicarán a las células cuando éstas se dividan en tres todas las informaciones necesarias para la formación del individuo único (LEJEUNE, Jèrôme, ¿Que es el embrión humano?, (Madrid, 1993). Edit. Rialp, pág.197/98). Pero aún antes de la división celular, cuando el ovocito se activa mediante la fecundación por el espermatozoide señala el comienzo de todo el proceso de desarrollo del nuevo individuo y por ende de la vida humana. En ese momento el espermatozoide está unido indefectiblemente al ovocito y en el proceso de englobamiento del ADN seleccionado (del espermatozoide que finalmente fecundó) ya está asociado al gameto femenino. El ADN del hijo ya se está organizando para la primera división y se encuentra dentro de una estructura capaz de hacerlo duplicar y luego expresar (BOSCH, Margarita, Problemática de la procreación. Reflexiones sobre el inicio de la vida y bibliografía allí citada en “Jornada por la vida”, autores varios, (Buenos Aires, 1999). Edit. EDUCA). QUINTANA, Eduardo M., Sofismas... ibídem.

<sup>92</sup> Pero esto no implica afirmar que el genoma nos hace ser personas: “Considerar que el genoma nos hace ser personas e individuos no resiste un análisis biológico o filosófico riguroso. Baste mencionar que a) muchas de las células de nuestro cuerpo aún separadas de él poseen carga genética completa y no son personas, y b) es imposible sostener que la condición personal en cuanto personal se identifique unívocamente con un sistema material complejo debido a que la noción de “persona” precisamente pretende indicar otro modo de ser, es decir, una diferencia radical con respecto al ser de las cosas, aunque como es evidente en el caso de la persona humana, la corporeidad sea un elemento constitutivo de la misma”. Además “existen numerosos elementos celulares citoplasmáticos que contienen las informaciones que dirigen, reprograman y aún interpretan la información contenida en los genes. De este modo, no heredamos sólo genes sino una amplia gama de flujos moleculares que modulan y dirigen la información genética”. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibídem.

<sup>93</sup> Abordaremos en los capítulos III y IV la relación entre “ser humano” y “persona”.

aclara que es cierto que existen distintos elementos “del exterior” (madre) que colaboran a que la expresión de los genes pueda darse de una manera tal que se facilite el desarrollo del embrión. Sin embargo, estos elementos sólo producen la **activación de la capacidad ínsita en el gen, que posee por sí una cierta función en el interior de la célula**<sup>94</sup>. Por otra parte, la autonomía y viabilidad del embrión se muestra en el hecho de que realiza su implantación no sólo en el lugar normal previsto por la naturaleza (endometrio), sino también en la misma trompa de Falopio o en la cavidad abdominal, donde las condiciones no le son favorables, pese a lo cual en ésta última puede llegar a subsistir<sup>95</sup>.

### 3.3.2. División embrionaria (gemelación)

El segundo argumento que se esgrime a favor de la existencia del “preembrión” es el de la división gemelar. Se niega la existencia de un individuo humano desde su concepción, basándose en la posibilidad de gemelación natural, posibilidad que desaparecería, según esta postura, en el momento de la implantación<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> “Dicho de otro modo: en el caso de la hormona materna T4 antes señalada existen de parte del embrión receptores proteicos de la hormona. Una vez comenzado el proceso de interacción de T4 materna con receptores embrionarios el propio embrión produce esta hormona. De esta manera podemos ver que el tipo de interacción realizada en este ejemplo activa a un gen para que deje de estar silente, no para darle toda su capacidad génica. La relevancia de la hormona T4 materna resulta entonces grande a modo de “condición”. En efecto, la hormona es una condición para que una **capacidad ínsita** en el gen pueda desplegarse. Sin embargo, la hormona no constituye a esta potencia totalmente como tal (en el sentido radical del término)” (los resaltados son nuestros). GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibídem.

<sup>95</sup> Cfr. BASSO, Domingo, Nacer y morir con dignidad: estudios de biogenética contemporánea, 4º edic., (Buenos Aires, 2005). Edit. Lexis Nexis. Pág. 53.

<sup>96</sup> “Según los defensores de esta postura, los criterios de unidad, o imposibilidad de dividirse, y de unicidad, o imposibilidad de fusionarse, definirían al individuo, al viviente humano (principio de individualidad). Por ello, en los primeros estadios del desarrollo embrionario –hasta la anidación– no se podría denominar con propiedad “ser humano” al embrión, sino que habría que considerarlo como un conglomerado de células sin identidad propia. Argumentan que antes del término de la anidación en el endometrio materno, un óvulo fecundado puede originar más de un individuo –en el caso del embarazo gemelar monocigótico supondría indefinición o carencia de organización individual– y que, en ocasio-

Los gemelos uniovulares<sup>97</sup> resultan de la multiplicación de un huevo fertilizado del cigoto, en dos células hijas, y en ellos el material génico es exactamente igual, ya que proviene de una misma célula; son monocigóticos y de igual sexo. “En la llamada fisión o división gemelar surge primero un individuo resultante de la fertilización y luego aparece otro segundo idéntico, cuyo desarrollo está controlado por el mismo programa genético que el primero... A partir de la fecundación existe un ser vivo que hemos de considerar como persona humana, y que desde el momento de la división gemelar existe un nuevo ser vivo que es otra persona humana, formada por células que se han separado del organismo inicial”<sup>98</sup>. Pero “la posibilidad de que tras la fecundación ocurra un fenómeno de gemelación no constituye un argumento válido contra el carácter individual del cigoto. En efecto, la noción de “**individuo**”, en biología, no remite a la imposibilidad de división, sino a la idea de **organización de la estructura viviente**. Cada ser vivo es un individuo cuando es un organismo, es decir, una unidad integrada por estructuras y funciones. **El individuo es un ser organizado que vive una existencia propia y, generalmente, no puede ser dividido sin ser destruido**” (los resaltados son nuestros)<sup>99</sup>.

Como puede apreciarse, “la gemelación como objeción a la individualidad del cigoto radica en la errónea interpretación que se

nes, de forma extraordinaria, se produce un individuo compuesto por líneas celulares genéticamente distintas, que proceden de cigotos diferentes. Según estas observaciones, la individualidad del embrión no se produce hasta la anidación –alrededor del día 14 después de la fecundación–. Por tanto, la implantación en la mucosa uterina y el cese de la posibilidad de división del embrión (que origine la aparición de gemelos) y la posibilidad de formación de quimeras, serían los hechos determinantes para no considerar al embrión un ser humano desde su concepción”. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética, (Madrid, 2007). Edit. Internacionales Universitarias. Pág 82 ss.

<sup>97</sup> Cabe distinguir entre gemelos uniovulares o univitelinos y los biovulares o biomultivitelinos.

<sup>98</sup> SANTOS RUIZ, Ángel, Instrumentación genética, (España, 1987). Edit. Palabra S.A.. Pág. 31-32.

<sup>99</sup> ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibídem. págs. 82 ss.

hace del término filosófico “individuo”, ya que únicamente si se entiende éste como indivisible, la posibilidad de gemelación adquiere la categoría de objeción seria... **Individuo no es igual a indivisible; individuo es lo indiviso en sí y separado de cualquier otro**<sup>100</sup>... El *individuum in se* no significa tanto la individualidad como la unidad interna” (los resaltados son nuestros)<sup>101</sup>. El **error filosófico subyacente** es entonces confundir individualidad con indivisibilidad<sup>102</sup>.

“La identidad individual del embrión humano, y posteriormente del bebé, del infante y del adulto, está determinada por la **identidad de una forma, no de una materia**... La forma del organismo humano viviente es un “orden complejo estructural y dinámico de lo múltiple”<sup>103</sup>. Esta forma dispone el desarrollo cuyo despliegue dependerá de factores internos –como el genoma–, externos –como los diversos elementos epigenéticos– sin que todo se encuentre predeterminado de manera total... Desde

<sup>100</sup> NA: “BOECIO, S. *Liber de persona et duabus naturis. Contra Eutychen et Nestorium*. Cap III Col 1338-1354, en Migne, J.P. (ed.) *Patrologiae cursus completus*, P.L. 64, París 1891”.

<sup>101</sup> ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones humanos congelados... ibidem*, pág 82 ss.

<sup>102</sup> En conclusión, “el hecho de que un embrión **se pueda dividir en dos** en un determinado momento no permite afirmar que lo que había antes no era “un” embrión. Además, esta posibilidad de que se originen gemelos idénticos prácticamente no ocurre a partir del **quinto día** del desarrollo embrionario (PARDO, A., *Citología de los 15 primeros días... ibidem*, pág. 26). En este sentido... “el hecho de la división gemelar no contradice la individualidad del primero. Lo que sucede en la gemelación no es que un individuo se convierta en dos, sino que **de un individuo se genera otro**, sin perder la individualidad original. Existe un sistema biológico unitario del que se separan un grupo de células, aún totipotentes, que continúan su desarrollo como un mero organismo individual desde el momento de la separación”... La gemelaridad natural no es acontecimiento fortuito sino que se produce por una capacidad del patrimonio genético del cigoto. Es decir, el cigoto posee una capacidad de formación de un nuevo individuo por un proceso de escisión. De esta manera, uno de los gemelos empezó siendo cigoto y, el otro, siendo embrión de dos o cuatro células” (los resaltados son nuestros). DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. Cruz, *La regulación jurídica... ibidem*.

<sup>103</sup> NA: “JONAS, H., *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man*, Prentice Hall, Nueva Jersey 1974, p. 192”.

que el espermatozoide penetra el óvulo, este embrión unicelular “se encuentra como ser-en-acto y esta condición permite que en cada instante sucesivo –y con el concurso del contexto– el plan estructurante y originario del embrión humano conduzca el proceso de desarrollo... El soporte químico de la información genética o el soporte químico del mismísimo proceso de construcción de ejes embrionarios requiere de una forma, de un elemento en acto, que le dé unidad, cualificación y configuración al proceso de auto-organización que llamamos desarrollo... Este plan en acto no se encuentra separado del organismo viviente humano sino inmerso en él haciéndolo ser lo que es. Es un plan interconstruido con el cuerpo viviente humano... puede ser definido como **una forma, como un acto que posee como función principal sostener en su destino individual al embrión humano**... Por estas razones tengo la impresión que, aún en su momento unicelular, el embrión humano posee un destino individual-personal irrenunciable e irrepitible... El embrión humano posee coordinación, continuidad y gradualidad<sup>104</sup> en su desarrollo gracias a una regulación intrínseca que lo mantiene orientado hacia su télos específico e individual. Esta regulación intrínseca lo hace ser tal ser, lo hace ser este ser, es decir, le confiere su *haecceitas*, su singularidad e irrepitibilidad características. Por ello, no vemos inconveniente en reconocerlo como persona, es decir, como sujeto no-instanciable cuyo factor de unidad sincrónica coincide con su factor de unidad diacrónica que le hará capaz eventualmente de actuar y vivir de manera inteligente y libre”<sup>105</sup>.

En resumen y en concordancia con lo que se desarrollará en el capítulo III, el fundamento más radical de la individuación en el ser humano no es la materia signada por la cantidad sino la forma que funge como plan de desarrollo teleológicamente direccionado. De este modo: a) Aunque en el cigoto existan componentes que luego no serán parte del embrión, gozan de la condición perso-

<sup>104</sup> NA: “Cf. SERRA, A., *Per un’analisi integrata dello “status” dell’embrione umano*, en Biolo, S. (ed.), en *Nascita e morte dell’uomo*, (Génova, 1993), Edit. Marietti, págs. 76-78”.

<sup>105</sup> GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, *Hacia una ontología ... ibidem*.

nal mientras no se diferencien de él; b) El quimerismo implica la muerte de uno de los gemelos y la absorción de parte de sus materiales constituyentes por el cigoto sobreviviente<sup>106</sup>; c) “Individuación” no significa “indivisibilidad” sino unidad-del-singular. Por ello, los gemelos monocigóticos no son un caso que anuncie falta de individuación en las etapas tempranas del desarrollo embrionario. Lo que sucede es que un embrión individual se reproduce agámicamente y da lugar a otro individuo similar<sup>107</sup>.

### 3.3.3. Células embrionarias indiferenciadas (totipotencialidad).

Otra de las objeciones a la fecundación como origen del viviente individual humano se basa en la **totipotencialidad de las células del cigoto**<sup>108</sup>. Aclara ZURRIARÁIN<sup>109</sup> que estas células generan todos los órganos y tejidos del embrión, siempre y cuando estén integrados en la unidad orgánica viva que es el individuo humano, por lo que la “totipotencialidad” se atribuye al **embrión** en desarrollo, no a sus células aisladas<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Aún cuando parezca “chocante”, esto es similar a la situación de un trasplante en la que el órgano trasplantado continúa poseyendo algunas de las características del organismo de origen sin hacer perder al receptor su individualidad.

<sup>107</sup> Cfr. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibidem.

<sup>108</sup> “Las células embrionarias en los primeros estadios de su desarrollo tienen la potencialidad de dar lugar a todos los tejidos de un nuevo individuo incluidas las membranas extraembrionarias que forman la placenta. Más aún, pueden dar lugar a un ser vivo entero”. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibidem.

<sup>109</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 82 ss.

<sup>110</sup> “La circunstancia de que, en las primeras fases del desarrollo, las células sean indiferenciadas –de modo que cualquiera de ellas puede ser un embrión completo- se ha empleado para poner en duda que tal masa celular sea un individuo. No obstante, ese suceso responde simplemente a una razón de utilidad biológica: de esa manera, el individuo puede continuar su desarrollo, independientemente de que en sus primeros momentos se produzca la pérdida ocasional de algunas células. Si al cabo del tiempo se origina la diversificación en tejidos y órganos es, justamente, porque desde el primer momento, en cada una de las células se encuentra entero el código genético de ese determinado ser”. SANTOS RUIZ, Ángel, Instrumentación genética... ibidem, págs. 31-32.

Es decir que “la totipotencia, obviamente presente en el cigoto, no significa indeterminación, sino una capacidad actual de ejecutar un plan de acuerdo con un programa determinado”. COLOMBO R.; SERRA A., Identidad y estatuto del embrión humano, s/l, s/f, p. 147. Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, págs. 82 ss. En el mismo sentido lo explica Rodrigo GUERRA LÓPEZ: “Si bien existe cierta indistinción a nivel del genoma en las células embrionarias totipotenciales esto **no es más que un momento dentro del proceso de un todo que se encuentra desarrollándose al modo de un continuo cuyo orden fundamental está determinado con anterioridad a la constitución del propio genoma**. ¿A qué nos referimos? El 8 de julio de 2002, la revista Nature publicó una nota científica en la que de manera abreviada se reportaban un conjunto de resultados que Helen PEARSON, la autora, reconocía como “un cambio sorprendente en el pensamiento embriológico” (PEARSON, H., Your destiny, from day one, en “Nature”, July 2, 2002). Al parecer la determinación más originaria del cigoto no procede del genoma sino de algo anterior a él. El primer hallazgo que ayudó a determinar que el blastocisto no es una célula sin destino determinado apareció hacia 1980. Jean SMITH del Queen’s College mostró que el blastocisto de ratón no era una esfera simétrica sino que poseía una ligera distorsión con ejes geométricos reconocibles que preconizaban los ejes del fenotipo (El “genotipo” se refiere a la constitución genética del individuo u organismo, en otras palabras, el genotipo está dado por los alelos localizados en un locus particular de un cromosoma de un individuo. El “fenotipo” es el conjunto de rasgos o características observables de un organismo. Por ejemplo, el color del cabello, el peso o la presencia o ausencia de una enfermedad. El fenotipo es siempre algo que podemos observar. Se puede observar en la clínica, en el laboratorio o en las interacciones sociales. Un fenotipo no es la constitución genética de un organismo. Es de algún modo la expresión o el resultado de la constitución genética de ese organismo y por el ambiente en que la persona crece y se desarrolla) final (SMITH, L. J. J., Embryological Experiment Morphology, 55, 1980, p.p. 257-277). Posteriormente Richard GARDNER de la Universidad de Oxford en 1997 localizó que el segundo cuerpo polar, es decir, un par de cromosomas sobrantes, se adherían a la pared del embrión marcándolo y permitiendo observar que este cuerpo definía una línea de latitud dividiendo el hemisferio superior –que contiene la masa celular interna– del hemisferio inferior. Esto sugería que la parte superior e inferior del óvulo se alinea y determina los lados izquierdo y derecho del blastocisto (GARDNER, R. L., Specification of embryonic axes begins before cleavage in normal mouse development, en “Development”, 128, 2001, p.p. 839-847). Sin embargo, sería Magdalena ZERNICKA-GOETZ quien descubrió algo más: el patrón espacial de organización del cigoto es conservado en el embrión aún después de la implantación. Ella sospechó además otra cosa igualmente importante: que el acto de fertilización podía ser parte de los factores determinantes de esta estructuración primigenia. Así, inyectó marcas fluorescentes bajo la cubierta de óvulos de ratón en el punto en el que había penetrado el espermatozoide descubriendo que la posición de la incisión en la pared del óvulo coincide aproximadamente con el ecuador de la primera divi-

### 3.4. Penetración del término “preembrión” en la legislación comparada.

Posteriormente a la introducción del plazo arbitrario de 14 días en informes de diversos Comités Nacionales, y del término “preembrión” en literatura “científica”, la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida N° 35/1988 introducirá el término “preembrión” en la legislación española. El término se conservará en las leyes españolas que se dicten con posterioridad <sup>111</sup>.

sión celular, es decir, el punto de ingreso del espermatozoide determina dónde se divide primero la célula (PIOTROWSKA, K.; ZERNICKA-GOETZ, M., Role of sperm in spatial patterning of the early Mouse embryo, en “Nature”, 409, p.p. 517-521). En experimentos subsiguientes ZERNICKA-GOETZ pintó las dos primeras células, una con rojo y la otra con azul. Luego rastreó sus descendientes en el blastocisto. Así, pudo comprobar que una célula da origen a la masa celular interna y la otra a la placenta y los demás tejidos de apoyo. En conclusión: la primera división celular influye en el destino de cada célula y por último en todos los tejidos del cuerpo (ZERNICKA-GOETZ, M. et al., Downregulation of Par3 and aPKC function directs cells towards the ICM in the preimplantation mouse embryo, en “Journal of Cell Science”, 118, 2004, p.p. 505-515). Si bien aparecieron algunas objeciones a los estudios de ZERNICKA-GOETZ, el estudio más concluyente fue publicado por ella el 17 de marzo de 2005 en la revista Nature (ZERNICKA-GOETZ, M. et al., The first cleavage of the mouse zygote predicts the blastocyst axis, en “Nature”, 434, March 17, 2005, p.p. 391-395)” (los resaltados son nuestros). GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología ... ibidem.

<sup>111</sup> Así, la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida N° 14/06 en su art. 1,2 define al preembrión: “2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el 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”. Tal como mostraremos en el capítulo VI, gracias a la introducción de este término en la legislación española, se pudo ampliar en el país los supuestos de autorización de prácticas de fecundación artificial extracorpórea.

Por su parte, la Ley N° 14/07 de Investigación biomédica, del 3 de julio de 2007 (cuyo análisis crítico se realizará en el acápite “4.4.4.1.5. Ley 14/2007 de Investigación biomédica” del cap. VI), en su art. 3 establece las siguientes definiciones: “A los efectos de esta Ley se entenderá por: I. Embrión: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener. n. Feto: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto. **s. Preembrión:**

Basado en el informe Warnock y siguiendo sus conclusiones, el gobierno británico estableció en la sección 1 y 3 del *Human Fertilisation and Embryology Act* (ley de fertilización humana y embriología) de 1990 el significado de la palabra “embrión”: “1 Significado de “embrión”: (1) En esta ley, excepto cuando se indica otra cosa, (a) embrión significa un embrión humano vivo cuya fertilización se ha completado, y (b) las referencias a un embrión incluyen un huevo en el proceso de fertilización, y, para este fin, la fertilización no está completa hasta la aparición de un cigoto de dos células...”

Por otra parte establece: “3 Prohibiciones en relación con embriones: (2) Ninguna persona podrá, implantar en una mujer: (a) un embrión vivo distinto de un embrión humano, o (b) cualquier gameto vivo distinto de los gametos humanos. (3) Una licencia no puede autorizar: (a) el mantenimiento o el uso de un embrión después de la aparición de la línea primitiva (*streak*), (b) la colocación de un embrión en cualquier animal, (c) el mantenimiento o el uso de un embrión en cualquier circunstancia en la que los reglamentos prohíban su uso o mantenimiento, o (d) la sustitución de un núcleo de una célula de un embrión con un núcleo tomado de una célula de cualquier persona, embrión o posterior desarrollo de un embrión”. “4. A los efectos de la subsección (3) (a) anterior, la línea primitiva (*streak*), debe considerarse que ha aparecido en un embrión a más tardar **al final del período de 14 días comenzando con el día en que los gametos se mezclan**, sin contar con cualquier tiempo durante el cual el embrión se almacena” (la traducción y los resaltados son nuestros)<sup>112</sup>.

**el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.**

<sup>112</sup> “1 In this Act, except where otherwise stated— (a) embryo means a live human embryo where fertilisation is complete, and (b) references to an embryo include an egg in the process of fertilisation, and, for this purpose, fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote... 3 Prohibitions in connection with embryos: (1) No person shall— (a) bring about the creation of an embryo, or (b) keep or use an embryo, except in pursuance of a licence. (2) No person shall place in a woman— (a) a live embryo other than a human embryo, or (b) any live gametes other than human gametes. (3) A licence cannot



Cabe destacar -respecto de la sección 1 (1) (b), que **exige la división en dos células del cigoto para reconocer la existencia de un “embrión humano vivo”**- que esto no se condice con los datos de la genética y la embriología, tal como demostraremos luego. Pero aquí podemos adelantar que el cigoto es una unidad celular con la capacidad de iniciar la emisión de un “programa” o primera actualización del mensaje genético. El cigoto está dotado de una organización celular que lo constituye en una realidad propia y diferente de la realidad de los gametos de sus progenitores (información genética) y goza de la capacidad de comenzar a expresar el mensaje genético (información epigenética), de tal modo que la célula con fenotipo cigoto es un viviente humano individual.

Respecto de la sección 3 punto (4), que prohíbe el mantenimiento o uso de un embrión luego de la aparición de la línea primitiva, cuya aparición se fija a los 14 días de la unión de los gametos, no se entiende el porqué de la desprotección legal del embrión antes de ese límite de tiempo.

Por otra parte, ninguna de las enmiendas a esta ley utiliza la terminología “preembrión”. La enmienda del 7 de junio de 2000<sup>113</sup>, la del 24 de enero de 2001<sup>114</sup>, la del 25 de abril de 2001<sup>115</sup> y la de

*authorise— (a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak, (b) placing an embryo in any animal, (c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or (d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo. (4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored*. En [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/Ukpga\\_19900037\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm)

<sup>113</sup> *Human Fertilisation and Embryology (Amendment) Bill* (Enmienda de la ley de fertilización humana y embriología): utiliza la palabra “embryo”. En <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm199900/cmbills/138/2000138.htm>. Traducción propia.

<sup>114</sup> *Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations* (Regulaciones de la ley de fertilización humana y embriología con fines de investigación): utiliza la palabra “embryo”. En <http://www.opsi.gov.uk/SI/si2001/20010188.htm>. Traducción propia.

<sup>115</sup> *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Bill* (Enmienda de la ley de fertilización humana y embriología en caso de fallecimiento de los padres): utiliza la palabra “embryo”. En <http://www.publications.parliament.uk/pa/>

la Sesión de agosto de 2007<sup>116</sup>, utilizan la palabra embrión, sola o combinada. La *Human Reproductive Cloning Act* (Ley de clonación humana reproductiva)<sup>117</sup> del 4 de diciembre de 2001 también utiliza el término “embrión”.

Tampoco se emplea el término en la Ley Francesa N° 94-653<sup>118</sup> del 29 de julio de 1994, que en su sección 3 establece la Protección del “embrión humano”.

Por su parte, las leyes alemana e italiana<sup>119</sup> sobre el tema sólo utilizan los términos “embriones” o “conceptus”. Nos referiremos brevemente a ellas, en cuanto concierne al uso del término “preembrión”. La ley penal alemana<sup>120</sup> N° 745/90 del 13 de diciembre

[cm200001/cmbills/089/2001089.htm](http://cm200001/cmbills/089/2001089.htm). Traducción propia.

<sup>116</sup> *Bill 6*: utiliza la expresión “*inter-species embryos*” (embriones inter-especies). En <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/006/08006.i-iv.html>.

*Bill 25*: utiliza la expresión “*human admixed-embryos*” (embriones humanos mezclados). En <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/025/08025.i-iv.html>.

*Bill 70*: utiliza la expresión “*human admixed-embryos*” (embriones humanos mezclados). En <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmbills/070/2008070.pdf>.

*Bill 120*: utiliza la expresión “*human admixed-embryos*” (embriones humanos mezclados). En <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmbills/120/2008120.pdf>

<sup>117</sup> En [http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2001/ukpga\\_20010023\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2001/ukpga_20010023_en_1). Traducción propia.

<sup>118</sup> *Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, Section 3: De la protection de l'embryon humain* (Ley N° 94-653 del 29 de julio de 1994, referida al respeto por el cuerpo humano. Sección 3 : de la protección del embrión humano). En <http://www.chu-rouen.fr/uchpg/LO14.html>. Traducción propia.

<sup>119</sup> La legislación italiana se analizará en el capítulo VII.

<sup>120</sup> Alemania es uno de los países que cuenta con legislación permisiva moderada (la expresión será explicada en el capítulo VI) en materia de fecundación artificial. El art. 74 de la Constitución Alemana menciona en el inc. 26 “la fecundación artificial del hombre, el examen y la modificación artificial de información genética” entre las materias sometidas a la “actividad legislativa concurrente”. Sobre la base del sistema federal alemán, los *Länder* (las dieciséis regiones-estados que componen la república) pueden en estos casos establecer normas sólo si no lo ha hecho sobre la misma materia el legislador nacional. Este no es el caso, sin embargo, de la fecundación artificial. Aunque Alemania carece de una ley exclusivamente dedicada a ello, el marco normativo está asegurado a

nivel penal federal por la ley para la protección del embrión (*Embryonenschutzgesetz*) N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990, integrada por las “Directivas para la conducción de la procreación asistida” (*Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion*) de la Cámara Federal de médicos, en la versión de 1998 (Cfr. Información publicada en “Periódico on line Avvenire”, [http://www.db.avvenire.it/avvenire/index\\_online.jsp](http://www.db.avvenire.it/avvenire/index_online.jsp)).

Si bien la legislación alemana es permisiva de estas técnicas, lo es de una forma moderada, resultando así una de las legislaciones penales europeas más tuitivas del embrión producido *in vitro*.

En su **art. 1. parágrafo 1**, la ley 745/90 sanciona la utilización “abusiva” de las técnicas de reproducción, es decir, 1) Transferir a una mujer el óvulo de otra (fecundación heteróloga); 2) Fecundar artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo (fecundación con fines distintos de la procreación); 3) Transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo (para evitar embarazos múltiples); 4) Fecundar por transferencia de gamentos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo (para evitar embarazos múltiples); 5) Fecundar óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo (para evitar congelamiento de embriones); 6) Retirar un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; 7) Practicar una fecundación artificial o transferir un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento (alquiler de vientre). **El parágrafo 2** reprime a quien favoreciere la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o introdujere artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo (fecundación con fines distintos de la procreación). **El parágrafo 3** exime de pena a la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, y a aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión (en los supuestos contemplados en el parágrafo 1, inc. 1, 2 y 6); y a la madre de sustitución y a la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva (en los casos contemplados en el parágrafo 1, inc. 7). La eximente de pena no abarca a los profesionales intervinientes en estos casos. **El parágrafo 4** sanciona penalmente la tentativa, en los casos contemplados en el parágrafo 1, inc. 6 y parágrafo 2.

Por otra parte, el **art. 2** pena la utilización “abusiva” de embriones humanos, la cual se configuraría en los siguientes supuestos: 1. Enajenar un embrión humano concebido en forma extracorporal, o extraer de una mujer un embrión antes del período de la anidación en el útero, o cederlo, adquirirlo, o utilizarlo para un fin distinto al de su preservación. 2. Provocar el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto de un embarazo. Asimismo, en estos supuestos, la simple tentativa es pasible de sanciones penales. El **art. 3** establece la interdicción de la selección del sexo, castigando a quien procediera a fecundar artificialmente un óvulo humano con un espermatozoide seleccionado en función de sus cromosomas sexuales. El mismo artículo establece excepciones: es el caso en que la selección del espermatozoide hubiera sido efectuada

por un médico con el fin de proteger al niño de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo, y si la enfermedad que amenazara al niño hubiera sido reconocida como particularmente grave por el servicio competente del *Land* respectivo. También se pena (**art. 4**) la fecundación y transferencia “autoritaria” de embriones y fecundación “*post mortem*”. Las acciones típicas son las siguientes: 1) Fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado, hubieran dado su consentimiento. 2) Transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento. 3) Fecundar artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa. No será sancionada en el supuesto del inc. 3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial.

El **art. 5** establece: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años, o de una multa, quien hubiere modificado artificialmente la información genética contenida en una célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis (El artículo 8 de la ley, referido a las definiciones, establece en su inc. 3: “En la presente ley, por “célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis”, se entiende cualquiera de las células situadas en una línea de desarrollo que conduce al óvulo fecundado, así como los óvulos y espermatozoides del ser humano que proviene de esa célula. También se aplica al óvulo, desde la introducción o intrusión del espermatozoide hasta la fecundación acabada, con la fusión de los núcleos”). 2. Será sancionado con las mismas penas quien utilizare para una fecundación un gameto humano cuya información genética hubiere sido artificialmente modificada. 3. La simple tentativa es pasible de sanciones penales. 4. El parágrafo 1 no es aplicable en los siguientes casos: 1) Modificación artificial de la información genética de un gameto, fuera del cuerpo humano, si está excluido emplearlo para una fecundación. 2) Modificación artificial de la información genética contenida en una célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis, cualquiera sea el cuerpo del cual se extrajo: un *conceptus* muerto, un ser humano vivo o muerto, si está excluido: a) que ella será transferida a un embrión, un feto, o un ser humano, o b) que ella produzca un gameto. 3) Inoculación, tratamientos de quimioterapia, de rayos u otros que no tengan por objetivo la modificación de la información genética de la célula sexual humana durante el curso de la gametogénesis.

El **art. 6** pena la clonación. La acción típica se configura provocando artificialmente la formación de un embrión humano portador de la misma información genética que otro embrión, feto, ser humano vivo o muerto. También se pena la transferencia a una mujer del embrión mencionado. Incluso la simple tentativa es pasible de sanciones penales. Asimismo, el **art. 7** castiga la creación de quimeras e híbridos y su transferencia a una mujer o a un animal. Las manipulaciones penadas son las siguientes: 1) Poner en presencia, con vistas a hacerlos fusionar, embriones portadores de informaciones genéticas diferentes, utilizando para ello al menos un embrión humano. 2) Reunir un embrión humano y una célula que contenga informaciones genéticas distintas de las contenidas en las células embrionarias y sea susceptible de continuar diferenciándose junto con el embrión. 3) Producir un embrión susceptible de diferenciarse, por fecunda-

de 1990<sup>121</sup> define al embrión en el art. 8, inc. 1 y 2: “1. En el espíritu de la presente ley, hay “embrión” desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, **a partir de la fusión de los núcleos celulares**. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo. 2. El óvulo humano fecundado se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras 24 horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se hubiera constatado, antes del transcurso de este período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular” (los resaltados son nuestros).

Es decir que el embrión en la fase de desarrollo **anterior a la fusión de los núcleos** (teoría del “ovocito pronucleado”<sup>122</sup> de los

ción de un óvulo humano con espermatozoide de un animal o fecundación de un óvulo animal con espermatozoide de un hombre. También se sanciona penalmente la transferencia de un embrión humano a un animal.

Los arts. 9 y 11 establecen la habilitación profesional médica para realizar estas prácticas y la sanción penal por su incumplimiento. El art. 10 permite la objeción de conciencia.

<sup>121</sup> *Embryonenschutzgesetz*, Ley penal de protección del embrión, N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990. Traducción de ANDORNO, Roberto, realizada a partir del texto francés publicado en “*Ethique. La vie en question*”, (París, 1991) N° 1. Cit. por ANDORNO, Roberto, *Procreación asistida: Posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1994-III-925.

<sup>122</sup> Cierta literatura pseudo “científica” denomina “ovocito pronucleado” al óvulo penetrado por el espermatozoide en el estadio anterior a la fusión de los núcleos de los gametos. Esta terminología suele emplearse **para justificar** desde un punto de vista moral y jurídico las manipulaciones de los embriones en los primeros estadios de su desarrollo, en especial, **su congelamiento**.

Sin embargo, la RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, que nuclea a los centros de fecundación artificial más grandes de Latinoamérica, explica: “Hasta hace pocos años, los embriones sólo podían ser cultivados en el laboratorio por dos o tres días, con una tasa de implantación de 10-15 %. Con el desarrollo del co-cultivo de Ménézo y de los medios secuenciales de Gardner, fue posible **cultivar embriones viables en el laboratorio hasta el 5to día**, trayendo como consecuencia las siguientes **ventajas**: - **El embrión en estadio de blastocisto tiene mayor capacidad de implantación**, por lo que es posible lograr altas tasas de embarazo transfiriendo un menor número de embriones. - Al transferir menos embriones, se minimiza la tasa de embarazos

gametos femenino y masculino, no se encuentra protegido por la ley penal alemana. Por otra parte, subyace a la ley la **cosificación** del embrión, ya que se refiere a él en tanto puede ser objeto de “utilización abusiva” (cfr. art. 2). En definitiva, la ley lo tutela par-

múltiples, uno de los principales problemas de las técnicas de reproducción asistida. - En condiciones naturales, los embriones llegan al útero el día quinto o sexto procedentes de la trompa, que es el momento en que el útero se encuentra con mayor receptividad. - La transferencia de blastocistos no sólo ayuda a sincronizar al embrión con el tracto femenino de la mujer, sino que **también facilita la identificación de embriones con poco o ningún potencial de desarrollo**, lo que permite disminuir el número de embriones a congelar”. Por ello aconseja “**Los embriones serán cultivados en estas placas hasta el día 5**. El día 5 los embriones que se desarrollen a blastocistos se clasifican de acuerdo a la Escala de Gardner y se transfieren 2 ó 1... **Los blastocistos excedentes pueden ser congelados** según los protocolos que se describen en este manual” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *Manual de procedimientos...* *ibidem*. Es decir que la RED, desde 1998, recomienda el cultivo de embriones hasta la fase de **blastómeros**.

Recientes estudios han demostrado que “**la criopreservación de concepti en división debe realizarse preferentemente en estados exponenciales de mitosis (2, 4, 8 células)**”. Esto porque la respuesta de la célula al procedimiento de criopreservación varía durante el ciclo celular. En estados intermedios de clivaje algunas células se pueden encontrar en distintas etapas de división incluso con el huso mitótico ensamblado. Este es afectado por las bajas temperaturas, siendo por lo tanto, posible **provocar daños a nivel cromosómico**” (los resaltados son nuestros). MARELLO, Ellen; con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country (Bogotá, Colombia), FECUNDITAS (Buenos Aires, Argentina), FERTILITAT (Porto Alegre, Brasil), *Primer taller de criopreservación de embriones*, en “Red Latinoamericana de Reproducción Asistida”, 12/96, <http://www.redlara.com/>

Por otra parte, la distinción entre “ovocito pronucleado” y “embrión” no tiene razón de ser desde el punto de vista de la embriología, ya que el ingreso del espermatozoide en el óvulo, a través de una interacción entre ambas células, actúa como disparador de una serie de mecanismos biológicos que determinan, ante todo, el cierre de la membrana pelúcida, que ya no permitirá el ingreso de ningún otro espermatozoide. En ese momento, el nuevo ser comienza su existencia. Esta nueva célula es un sistema que actúa como una unidad, un ser viviente ontológicamente unitario y con una precisa identidad. Está intrínsecamente orientado y determinado hacia un desarrollo bien definido. Cfr. SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto, *Identità e statuto dell'embrione umano: il contributo della biologia* (Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología), en “Identità e Statuto dell'embrione umano” (Identidad y estatuto del embrión humano, Ciudad del Vaticano, 1998), Edit. Librería Editrice Vaticana, pág.133. Traducción propia.

cialmente, lo denomina “humano”, pero lo trata como una cosa.

Por su parte la legislación italiana referida al tema<sup>123</sup>, en su capítulo VI (Medidas de tutela del embrión), se refiere al “embrión humano”<sup>124</sup>, no utilizando el término “preembrión” en ninguno de sus artículos.

En la ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida N° 3089<sup>125</sup> de Grecia -modificatoria del Código Civil- se hace referencia al embrión denominándolo “óvulo fertilizado” (no se usa el término “preembrión”). Por ejemplo, en el art. 1458: “La transferencia del óvulo fertilizado a otra mujer...”<sup>126</sup>. Pero en el art 1459 se hace referencia a un límite de 14 días para impedir la destrucción del embrión congelado, el cual es denominado hasta ese día, “material reproductivo criopreservado”. En efecto, el artículo establece que las personas que acudan a la reproducción asistida deben decidir de común acuerdo, declarar su voluntad en un formulario escrito y dirigirlo al médico o responsable de la clínica de fertilidad antes de comenzar el tratamiento, acerca de si el **material reproductivo criopreservado** que no será utilizado para el tratamiento: a) debe ser donado para tratamientos de fertilidad de otras personas que el médico o la clínica de fertilidad elija, b) debe ser usado para investigación o propósitos terapéuticos, c) debe ser destruido. En caso de no existir una declaración común de las personas involucradas, la criopreservación puede durar hasta cinco años. Luego de este período de almacenaje, el material criopreservado puede ser usado para investigación y propósitos terapéuticos o ser destruido. Los óvulos fertilizados no criopreservados serán

<sup>123</sup> Ley de procreación médicamente asistida N° 40, del 19 de febrero de 2004, (publicada en la Gaceta Oficial N° 45 del 24 de febrero de 2004), en [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

<sup>124</sup> CAPO VI MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE. ART.13. *Sperimentazione sugli embrioni umani*. Traducción propia.

<sup>125</sup> Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida N° 3089 de Grecia, publicada en la Gaceta Oficial N° 327 del 23 de diciembre de 2002 (Official Gazette of the Hellenic Republic), en [http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law\\_3089\\_en.pdf](http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law_3089_en.pdf). Traducción propia del inglés.

<sup>126</sup> “The transfer of fertilized ova to another woman”. En [http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law\\_3089\\_en.pdf](http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law_3089_en.pdf). Traducción propia.

destruidos luego de cumplirse 14 días post - fertilización<sup>127</sup>.

### 3.5. El verdadero trasfondo del tema

Vemos así que se ha dado el siguiente proceso: primero se acuñó el término al que nos referimos (1979) asociado a un plazo de 14 días a contar desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Dos años después de haberse afirmado que dicho plazo es un “límite de tiempo arbitrario adoptado para mitigar la ansiedad pública” (declaraciones del Comité Warnock, 1984), se comenzó a intentar fundamentarlo mediante publicaciones “científicas” (1986). Bastaron sólo dos años más para que el término ingresase en la legislación española (1988). Este proceso muestra claramente una **postura idealista frente a la realidad**, ya que el pensamiento pretende determinar lo que las cosas son. Pero la verdad es la adecuación de la inteligencia a la realidad. Esto implica que la realidad (el ser) es la medida de la verdad del pensamiento. Por otra parte, el lenguaje es ante todo expresión de nuestro conocimiento de los entes y no traducción de nuestra subjetividad, es decir, es el medio declarativo de lo que las cosas son. Por lo tanto, el lenguaje no puede quedarse sin el contenido intencional significativo de la esencia de las cosas. Todo lenguaje, para ser verdadero, tiene que referirse a la realidad.

Destacados especialistas han alertado acerca de la manipulación y distorsión de la realidad que se da en este tema<sup>128</sup>. La razón

<sup>127</sup> “Persons resorting to assisted reproduction should decide in common, declare their will in a written form and address it to the doctor or the responsible of the fertility clinic before starting the relevant treatment, whether any cryopreserved reproductive material that is not going to be used for their own treatment (surplus): a) should be donated for fertility treatment of other persons that the doctor or the fertility clinic will decide, b) should be used for research or therapeutic purposes, c) should be destroyed. In case there is no common declaration of the persons concerned, cryopreservation can last up to five years. After this period of storing, cryopreserved material can either be used for research and therapeutic purposes or be destroyed. Non cryopreserved fertilized ova are destroyed after the completion of 14 days post – fertilization. Any intermediate cryopreservation period is neglected”.

<sup>128</sup> El Dr. Justo AZNAR alerta sobre el uso del término “pre-embrión” -“pretendientemente científico”- en la legislación española, cuya finalidad, es “desprover al

de fondo para la utilización del término pre-embrión se inscribe en lo que se ha denominado “guerra semántica”, esto es, una reformulación de términos, un cambio en la significación de palabras que parte de un vaciamiento de su alusión a lo esencial, de lo cual el lenguaje es expresión<sup>129</sup>. A partir de allí se puede crear la realidad que se quiera, pues esta corriente de pensamiento sostiene que “al comparar el discurso de las diferencias con el de las igualdades, **transformamos, con nuestras palabras y acciones, al**

embrión temprano de su característica biológica fundamental de ser humano”; “así, se le puede manipular sin ninguna responsabilidad ética”. “La utilización de este término no es solamente una **manipulación semántica**, sino también un grave **equivoco biológico**” ya que “no hay ninguna razón científica para denominar al embrión humano pre-implantado como pre-embrión”, pues “el embrión pre-implantado es un embrión con todas las características biológicas que identifican a estos diminutos seres humanos” (los resaltados son nuestros). Firme denuncia desde el episcopado español ante la “licencia legal para clonar” personas, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS06021009, 10/02/2006. www.zenit.org. La Dra. María Luisa DI PIETRO denuncia: “El “pre-embrión”: un nuevo término aceptado no por los embriólogos, sino por sobre todo por investigadores, médicos y políticos, que encontraron y encuentran con esto la **oportunidad para declarar éticamente lícito lo que el término “embrión” no hubiese permitido**. Una **mentira**, un **equivoco semántico: una manipulación** que no tiene, como veremos, justificación científica. Todo para superar una dificultad de tipo ético: poder disponer de embriones humanos para fines experimentales. El término “pre-embrión” es fruto de un artificio semántico: es lo que demuestran los **datos científicos**” (los resaltados son nuestros). DI PIETRO, María L., Sexualidad y procreación humana, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA. Págs. 157-158.

<sup>129</sup> Este proceso de involución, de retroceso del espíritu humano, tiene su origen en el siglo XIV, cuando el nominalismo niega al lenguaje, a la palabra, el ser la expresión de la esencia de las cosas, es decir, de aquello que las hace ser esto y no otra cosa. A partir de allí, las palabras comienzan a ser la expresión de un concepto que surge por el acuerdo de las personas que deciden, arbitrariamente –porque no se funda en la realidad esencial y universal-, atribuirle determinadas características a un objeto. Siglos después, FOUCAULT crea una nueva antropología a partir del lenguaje. Según su concepción, ni el objeto (la realidad) ni el sujeto (el hombre que piensa en función de la verdad) existen, sino sólo el lenguaje que **funda** la existencia de las cosas, produce los objetos al nombrarlos, analizarlos, clasificarlos, explicarlos; cosas, objetos que sólo existen si forman un sistema signifiante, esto es, si la sociedad le otorga un valor semántico, le confiere un significado. Cfr. SIEBERT, Marta; DELGADO, Cristina G. de; SCALA, Jorge; PASCUAL, Lorenzo; BERGONZO DE ARCAGNI, Silvia; SANAHUJA, Juan C.; DELGADO, Juan Manuel; La mujer hoy después de Pekín, (Rosario, 1995). J.C. Ediciones. Pág. 23, 26.

**mundo, todos los días”** (los resaltados son nuestros)<sup>130</sup>.

Cabe preguntarse, como lo hace el Dr. QUINTANA<sup>131</sup>: “¿cuál es el motivo de la metamorfosis de los términos que distorsionan los conceptos? Entendemos que la razón es simple: todavía la gran mayoría de la “gente común” que integra la sociedad contemporánea sigue pensando que existen algunos principios morales de valor universal y que por ende responden a la naturaleza humana y es precisamente por ello que quienes desean la difusión de la fecundación artificial han metamorfoseado el lenguaje. Pese a ello, hay que advertir que el recurso a los artilugios es demostrativo de la fuerza de la naturaleza: la razón fáustica deberá luchar siempre contra lo que es. Por el contrario, el realismo cristiano tiene a su favor el ser o sea la realidad: las cosas son lo que son y no otra cosa y es nuestro deber denunciar las subrepticias modificaciones semánticas que sofismas mediante, conducen a perniciosos engaños”.

#### 4. Conclusión

Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea pretenden fundar su licitud en la existencia del “preembrión”. Hemos demostrado –desde el punto de vista de la embriología y ciencias afines- la inconsistencia de los argumentos que pretenden proteger al ser humano en el estadio inicial de su desarrollo, mediante el artilugio de denominarlo “preembrión” o bien utilizando el concepto de preembrión –aunque no se use expresamente esta denominación- que implicaría trazar una línea divisoria en el desarrollo embrional fijada arbitrariamente el día 14 desde la fecundación, sosteniéndose un *status* jurídico diferente antes y después de ese día. Por todo lo expuesto, concluimos que:

1. Todo ser humano tiene un comienzo, que es único (o hay vida humana o no la hay; no existe un “limbo biológico” en el que colocaríamos a supuestos pre-embriones) y no puede desdoblarse en dos o más momentos.

<sup>130</sup> SIEBERT, Marta; AAVV, La mujer hoy... ibidem, pág. 26.

<sup>131</sup> QUINTANA, Eduardo M., La fecundación artificial y el lenguaje jurídico, en “Latria”, N°183, año 2002, en formato digital.

2. Este comienzo se produce en el momento mismo de la fecundación.

3. El resultado de la fecundación es uno, reciba el nombre técnico que reciba (cigoto, embrión, óvulo fecundado, etc.).

4. En el estado precedente al embrión hay un óvulo y un espermatozoide; cuando aquél es fecundado por éste, se forma el embrión (forma inicial del ser humano).

5. Aceptados el término y la entidad embrión, no puede sostenerse la existencia de una realidad llamada pre-embrión, anterior y distinta de aquél<sup>132</sup>.

<sup>132</sup> Cfr. BARBIERI, Javier H., La Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria como técnicas de reproducción asistida atentan contra el derecho a la vida de seres humanos indefensos. Ponencia presentada ante la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (Rosario, 2003), cuyo tema era: "Comienzo de la existencia de la persona humana". En [http://www2.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia\\_barbieri.doc](http://www2.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia_barbieri.doc)

## Capítulo III

### MORALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

#### 1. Cuestión previa: se puede hacer un juicio moral en base al ser

En este capítulo describiremos brevemente al hombre y, en base a ello haremos un juicio moral sobre su "producción" mediante las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Esto presupone afirmar que se puede hacer un juicio moral en base al ser, con lo cual estamos tomando partido por la postura "cognitivista"<sup>133</sup>.

<sup>133</sup> Según SGRECCIA (Cfr. SGRECCIA, Elio, Manual de bioética... *ibidem*, págs. 61-79), las corrientes de pensamiento "no-cognitivist" sostienen que la verdad y el bien no pueden ser objeto de conocimiento y de afirmaciones calificables como "verdaderas" o "falsas". Por el contrario, los "cognitivist" buscan una fundamentación racional objetiva de las normas morales.

Es David HUME quien plantea este interrogante en su Tratado sobre la naturaleza humana (Treatise of Human Nature), y es retomado por la filosofía analítica contemporánea a partir del filósofo británico George Edward MOORE, que la definió como una "falacia naturalista". La "ley de HUME" afirma que existe una gran división entre el ámbito de los **hechos naturales** y el de las **normas morales**: los hechos se pueden conocer y describir con el verbo en indicativo, y demostrar científicamente, mientras las normas morales son simplemente supuestos y dan lugar a juicios prescriptivos que no se pueden demostrar. Por eso no sería posible ni legítimo pasar o inferir desde el ser (que se identifica con los hechos observables) al deber ser: no se puede pasar del "is" ("es", en idioma inglés) al "ought" ("se debe", en el mismo idioma), o del "sein" ("ser", en idioma alemán) al "Sollen" ("deber", en este último idioma).

Para la superación de esta división o falacia naturalista, se debe prestar atención al correcto significado de la palabra "**ser**". "Ser" no indica la mera "**factualidad empírica**" (si así fuese, entonces ciertamente la ley de HUME está justificada: por ejemplo, por el hecho de que muchos hombres maten o blasfemen, no se puede concluir ciertamente que el robo, el hurto o la blasfemia son moralmente lícitos. Debemos recurrir a un criterio que no sea la simple investigación de los hechos). La idea de "**ser**" que se sobreentiende en los hechos se puede entender de un modo no simplemente empírico, sino **más profundo y comprensivo**, como "**naturaleza**"; es decir, en sentido "metafísico". Así, "hombres" puede ser entendido en sentido empírico (en tal caso los individuos que roban y a los que no roban, a los que matan, etcétera); pero puede pensarse también en la "esencia" o "naturaleza" humana propia de la persona racional, y entonces se puede —y se debe— encontrar la fundamentación de la ley en

Enseña Santo TOMÁS<sup>134</sup> que en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres hállase cierto orden. Porque lo primero que cae bajo la aprehensión es el ente, cuya idea está incluida en todas las demás que cualquiera aprehende. Y así como el ente es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la operación; porque todo agente obra por un fin que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: “El bien es lo que todos

ella. De esta manera es posible establecer una diferenciación en el plano moral entre quien mata a un inocente y quien no lo hace, entre quien manipula vidas de personas y quien se abstiene de ello, aunque sea técnicamente posible.

La profesora Ana Marta GONZÁLEZ se pregunta si sucumbe la ley natural ante la falacia naturalista. La respuesta es un rotundo no. De hecho, no son pocas las voces que han llamado la atención sobre la falacia implícita en la “ley de HUME” y en la propia “falacia naturalista”. Esta falacia implícita en la falacia naturalista consiste en tomar como si fuera real una fractura entre hechos y deberes, que es en sí misma de orden epistemológico. En la realidad no hay puros hechos ni puros deberes: tanto hechos como deberes constituyen abstracciones que hacemos nosotros a partir de una realidad que, se mire como se mire, se nos presenta como cargada de valor. En efecto, ni la realidad misma, ni las acciones humanas, son puros hechos vacíos de sentido, como no son tampoco deberes o valores puros, carentes de engarce en la realidad. Un crimen de cualquier tipo se presta naturalmente a una valoración moral negativa, que se manifiesta de modo inmediato en una reacción de desaprobación o de ira: sólo abstrayendo del sentido inmediato de esta reacción puedo yo “disecar” el hecho de su valor (moralmente negativo). El ejemplo –que Ana Marta GONZÁLEZ toma de HUME– es por sí solo significativo de que ciertas realidades no se ajustan del todo ni a la noción de “hecho” ni a la de “deber”. Se refieren a las inclinaciones, a los sentimientos –de los que tanto uso hace el propio HUME. Las inclinaciones no son hechos neutrales. Sin duda, una inclinación puede satisfacerse o no, y puede haber motivos muy razonables para una cosa o la contraria, pero de por sí no es un hecho neutral: una inclinación apunta de suyo a un bien que puede ser reconocido por la razón y asumido en consecuencia, o por el contrario desestimado por ella. Cfr. DÁVALOS, Corina, La ley que con más frecuencia usamos, la más democrática de todas, es la ley natural, Entrevista realizada a la Prof. Ana Marta González, Directora de las XLIV Reuniones Filosóficas: “La ley natural”, (Pamplona, 27-29/03/06). Universidad de Navarra, en <http://www.opusdei.org.co/art.php?p=14606> Esta observación, que consideramos muy simple, **exige que capturemos en profundidad la “verdad” de los comportamientos, su conformidad con la naturaleza o esencia del hombre**. Esta es la tarea de la razón, “*recta ratio agibilium*” o recta razón de lo que se ha de hacer.

<sup>134</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II q. 94 a. 2.

apetecen”. Luego, este es el primer precepto de la ley: que “el bien debe hacerse y el mal evitarse”. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural; para que todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica naturalmente aprehende que son bienes humanos, pertenezcan a los preceptos de la ley. Mas por cuanto el bien tiene razón de fin y el mal razón de contrario, síguese que todo aquello a que tiene el hombre inclinación natural, la razón naturalmente lo aprehende como bueno, y por consiguiente como que debe ejecutarlo, y lo contrario como malo y digno de evitarse<sup>135</sup>. Así pues, según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley natural. La función de las inclinaciones naturales del hombre no es inferir de ellas las normas de la ley natural, sino que -a través de su conocimiento- se hagan patentes a la razón práctica las líneas fundamentales de esa ley, o sea, las exigencias éticas básicas. Los principios de la razón práctica (o de la ley natural) son evidentes por sí mismos, evidencia debida a la pertenencia del predicado del juicio a la inteligibilidad del sujeto. Esto implica no sólo su evidencia en sí, sino también para todos los seres humanos. Esta correspondencia o, mejor, pertenencia es percibida por el cognoscente de un modo inmediato y natural, en razón de ciertos hábitos o inclinaciones naturales de la inteligencia (el hábito práctico de la “*sindéresis*”). Santo TOMÁS afirma que la regla próxima de la moralidad es la “*recta razón*”<sup>136</sup>: la razón expresa, respecto de un bien concreto,

<sup>135</sup> Lejos está este principio de la acepción minimalista que le dio el nominalismo, es decir, el sentido primario de “obligación” de hacer el bien y evitar el mal (significado correcto pero secundario) fundado en una moral kantiana del deber. Su real sentido es que todo hombre desea espontáneamente el bien o lo que a él le apetece como bien, y huye de lo que ante él aparece como mal. De este modo, el bien no es puesto sólo como “lo obligatorio” sino como el término de una inclinación humana natural y espontánea.

<sup>136</sup> La descripción clásica de verdad es “*adaequatio rei et intellectus*” (adecuación entre la cosa y el intelecto). Si lo referido y conformado es la *res*, tenemos la **verdad ontológica**; si lo referido y conformado es el *intellectus*, tenemos la **verdad antropológica**. La verdad **especulativa** se entiende como conformidad del entendimiento con la cosa, mientras que la **verdad práctica** se entiende como conformidad con el apetito recto, que sólo se da en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, ya sean acciones interiores (*agibilia*), ya sean obras exteriores (*factibilia*). El dictamen práctico es recto o verdadero cuando se atiene a la realidad de las cosas

el primer principio de la praxis: el bien ha de hacerse y el mal evitarse.

Por lo tanto, “la naturaleza no se reduce, como creen los analíticos, a los “hechos brutos”; según una expresión de KALINOWSKI, la naturaleza es “signo” de una cierta legalidad. En el caso del hombre -como ya lo había visto ARISTÓTELES- su naturaleza racional y libre constituye el fundamento de la legalidad moral fundamental. Consiguientemente, la tendencia al bien es una inclinación humana radical; el bien es fin que ordena las acciones del hombre. Si este fundamento radical es negado, como lo hacen los analíticos, no queda más que la pérdida de lo humano, la abolición del hombre, de la que hablara C.S. LEWIS, y de la que da buena cuenta la ética de nuestros días, sumergida en “la perplejidad, el desconcierto y el extrañamiento de lo humano”. No puede ser de otra manera: el positivismo - en su versión analítica- conduce al subjetivismo y al relativismo, que destruye la ética y, con ello, lo humano”<sup>137</sup>.

## 2. El hombre

### 2.1. Ser vivo

La distinción acerca de algo vivo o inerte, y entre un hombre y una cosa es un conocimiento que no proporcionan las ciencias segundas. Es algo que capta inmediata y directamente la inteligencia<sup>138</sup>. Para delimitar lo que es un ser vivo no se puede partir de la

u orden real o natural. La *recta ratio*, que es la verdad práctica, es el criterio de moralidad.

<sup>137</sup> SEGOVIA, J. F., Recensión al libro de Carlos I. Massini Correas, La falacia de la falacia naturalista, (Mendoza, 1995). Edit. EDIUM. En <http://www.um.edu.ar/um/resenia/rese10/massini.htm>

<sup>138</sup> Enseña GILSON que “tenemos la intuición sensible directa de cosas exteriores y, sin intermediarios, nos formamos la noción abstracta de lo que son” (GILSON, Etienne, El realismo metódico, Nueva traducción de Valentín García Yebra; introducción de Eudaldo FORMENT (Madrid, 1997). Edit. Encuentro. Pag. 75). Todo hombre tiene un conocimiento inmediato de lo que es un ser humano, es decir, una persona. Al decir de GILSON, “el realismo escolástico no se apoya en un razonamiento metafísico” (GILSON, Etienne, El realismo metódico... ibidem, pág. 107) sino en la **experiencia del mundo exterior**. Esa experiencia -conocimiento directo e inmediato de la realidad que se presenta como fenómeno concreto- constituye la instancia neces-

biología. Ésta es la ciencia que estudia los seres vivos, por lo tanto supone ya una respuesta inicial. Saber qué es un viviente es, pues, patrimonio del conocimiento experiencial, y de la elaboración lógica de dicho conocimiento que llamamos filosofía.

Un ser vivo se caracteriza por el **automovimiento**, es decir que es capaz de actividades que tienen su origen en el viviente mismo, y no en un impulso o empuje que les venga desde fuera<sup>139</sup>. A ese automovimiento es a lo que normalmente llamamos “vivir” y al principio vital del ser vivo se lo denomina alma.

Otra peculiaridad de los seres vivos es que son una **unidad**: una unidad integrada, cuyas partes no pueden subsistir por sí mismas. El alma es el principio que otorga unidad al ser vivo. Los seres vivos son seres materiales, en los que unas partes mueven a otras. Esas partes especializadas en ciertas funciones se denominan órganos: el cuerpo de un ser vivo está compuesto de partes dedicadas a funciones peculiares, es un cuerpo orgánico. “Por consiguiente, el alma podría definirse como la primera actualidad de un cuerpo natural, que posee potencialmente la vida; y es tal cualquier cuerpo que posea órganos”<sup>140</sup>.

Ese alma es la forma<sup>141</sup> del ser vivo.

riamente previa a la construcción doctrinal pues “para un filósofo realista, el pensamiento no tiene más contenido que aquel que sus facultades le permiten abstraer de las cosas y que el pensamiento elabora gracias a sus principios” (GILSON, Etienne, El realismo metódico... ibidem, pág. 137).

Posteriormente la filosofía, a partir de ese conocimiento inmediato, nos puede decir más detalles y perfilar qué es un ser vivo o qué es un hombre. Y si deseamos saber cuándo comienza a existir el hombre, tendremos que tomar en cuenta conocimientos filosóficos y de las ciencias segundas (Cfr. PARDO CABALLOS, Antonio, La determinación del comienzo de la vida humana: cuestiones de método, en “Cuadernos de Bioética” XVIII, 2007/3ª pags. 335-345).

<sup>139</sup> “El nombre vida se toma de algo aparente de una cosa como es el moverse por sí misma. Sin embargo, no se da para indicar eso, sino para indicar la substancia que le corresponde según la naturaleza que conlleva el moverse por sí misma, o, también, y de algún modo, su impulso para actuar. Según esto, vivir no es más que el ser en tal naturaleza; y vida no significa más que lo mismo, pero en abstracto; como carrera significa en abstracto lo mismo que correr”. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, I, q 18, a 2, c.

<sup>140</sup> ARISTÓTELES, Sobre el alma, (Madrid, 1967), Edit. Aguilar. I. 2, c. 1, 841.

<sup>141</sup> Entre los seres creados podemos distinguir principalmente dos tipos de esencias. Tanto en unas como en otras la multiplicación se hace posible porque la esencia no se identifica con la existencia. En primer lugar están las esencias puramente espiri-



Por último, podemos mencionar que el dinamismo natural del viviente es **teleológico**, finalizado, es decir, apunta a fines que le vienen dados, que son naturales -es decir, propios de su modo de ser o naturaleza-.

## 2.2. Comienzo de la vida humana

Como hemos mencionado anteriormente, **pertenece al conocimiento experiencial descubrir que una realidad es un ser humano**. Si bien el aspecto externo<sup>142</sup> del ser humano en los períodos iniciales de la vida difiere del de los hombres ya desarrollados, tanto en el caso del hombre adulto como del embrionario, partimos de un **conocimiento espontáneo** sobre lo que es un ser humano, ya que sabemos por experiencia que el “material” que estamos estudiando (embrión más o menos desarrollado) **es humano porque procede de adultos reconocidos inequívocamente como humanos**<sup>143</sup>.

Por lo tanto, el problema del comienzo de la vida humana no es determinar la pertenencia del embrión a la especie humana, sino

tuales (o sustancias separadas) y, en segundo lugar, aquellas que tienen un doble principio de composición: la materia y la forma. Esta composición explica la estructura de todos los seres corpóreos, y por ende del hombre. Por tanto, la esencia del hombre está compuesta de materia y forma. Decimos que la forma, en cuanto principio actualizador, es aquella que configura desde dentro y hace que el individuo sea tal. La materia, por otro lado, se presenta como el aspecto potencial en el cual inhiere la forma, constituyendo un individuo. La materia es principio de individuación. Así, todos los hombres que comparten entre sí una única naturaleza humana se distinguen a su vez entre ellos en virtud de la materia signada por la cantidad.

<sup>142</sup> La embriología y otras disciplinas permiten describir el **aspecto** del ser humano en esos primeros períodos de vida. La aclaración de los **aspectos biológicos** del momento en el que comienza la vida humana y las características del desarrollo del embrión precoz, si bien **no puede ser por sí misma suficiente** para dar respuestas de carácter ontológico sobre la naturaleza del ser humano en las fases iniciales de su desarrollo, constituye un momento necesario para afrontar con objetividad el complejo debate ético sobre la naturaleza y dignidad de la vida humana desde los comienzos de su existencia. Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, El embrión humano en la fase de la preimplantación. . . *ibidem*, págs. 13-16.34.

<sup>143</sup> Cfr. PARDO CABALLOS, Antonio, La determinación del comienzo de la vida humana. . . *ibidem*, págs. 335-345.

**determinar si allí hay una vida completa individual**<sup>144</sup>: ya sabemos que es humana por su procedencia.

El ser vivo –como explicamos en el acápite anterior- se caracteriza por tener un dinamismo unitario, que se ejerce en un cuerpo orgánico, actúa en razón de fines que le vienen dados y tiene una “forma” propia.

Dado que, en el estudio de los primeros momentos del ser humano, ya sabemos que es humano, lo que determina el **inicio de su vida** es el **dinamismo autónomo unitario**, la **presencia de un cuerpo orgánico** y la **finalidad natural de los dinamismos** que pueden observarse.

**En cuanto un óvulo es penetrado por un espermatozoide**<sup>145</sup> **se dan las tres características aludidas** y, por lo tanto, nos encontramos ante un ser vivo individual y distinto. Ese proceso que marca el inicio de la existencia de un nuevo “ser humano” es llamado

<sup>144</sup> La noción de individuo fue explicada en el capítulo anterior.

<sup>145</sup> “El momento que marca el inicio de la existencia de un nuevo “ser humano” está constituido por la penetración del espermatozoide en el oocito. La fecundación impulsa toda una serie de acontecimientos articulados y transforma la célula huevo en “cigoto”. En la especie humana entran dentro del oocito el núcleo del espermatozoide (incluido en la cabeza) y un centriolo (el cual desempeñará un papel decisivo en la formación del huso mitótico en el acto de la primera división celular); la membrana plasmática queda fuera. El núcleo masculino sufre profundas modificaciones bioquímicas y estructurales que dependen del citoplasma ovular y que van a predisponer la función que el genoma masculino comenzará inmediatamente a desarrollar. En efecto, se asiste a la descondensación de la cromatina (inducida por factores sintetizados en las últimas fases de la ovogénesis) que hace posible la transmisión de los genes paternos. El oocito, después del ingreso del espermatozoide, completa su segunda división meiótica y expulsa el segundo glóbulo polar, reduciendo su genoma a un número haploide de cromosomas con el fin de reconstituir, juntamente con los cromosomas llevados desde el núcleo masculino, el cariotipo característico de la especie. Al mismo tiempo, lleva a cabo una “activación” desde el punto de vista metabólico con vistas a la primera mitosis. Siempre es el ambiente citoplasmático del oocito el que lleva al centriolo del espermatozoide a duplicarse, constituyendo así el centrosoma del cigoto. Ese centrosoma se duplica con vistas a la constitución de los microtúbulos que compondrán el huso mitótico. Los dos sets cromosómicos encuentran el huso mitótico ya formado y se disponen en el ecuador en posición de metafase. Siguen las demás fases de la mitosis y al final el citoplasma se divide y el cigoto da vida a los primeros dos blastómeros”. Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, Declaración final de la XII Asamblea General, 28/02/06, en [www.vatican.va/.../pontifical.../rc\\_pont-acd\\_life\\_doc\\_20060322\\_xii-gen-assembly-final\\_sp.html](http://www.vatican.va/.../pontifical.../rc_pont-acd_life_doc_20060322_xii-gen-assembly-final_sp.html)

“fecundación”<sup>146</sup>.

**La fusión de los gametos es un proceso irreversible<sup>147</sup> que mar-**

<sup>146</sup> “La fecundación es el evento fundamental del comienzo del desarrollo de un nuevo organismo e implica una serie coordinada de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para formar una nueva célula activada, el cigoto o embrión unicelular (*one-cell embryo*): es un nuevo organismo de la especie humana... Los eventos del proceso de fecundación se pueden reagrupar en tres etapas principales: la reacción acrosómica que permite al espermatozoide atravesar los estratos que rodean el ovocito y que se une a la zona pelúcida; la fusión de los gametos o singamia, que determina la activación del metabolismo del ovocito fecundado con el comienzo del desarrollo embrionario, y la reacción cortical, que regula la entrada del espermatozoide en el ovocito; la formación de los pronúcleos masculino y femenino y el comienzo del primer proceso mitótico de segmentación” (PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, El embrión humano en la fase de la preimplantación: aspectos científicos y consideraciones bioéticas, (Ciudad del Vaticano, 2006). Edit. Libreria Editrice Vaticana. Pág. 11-12). En efecto, de entre todos los espermatozoides eyaculados, el espermatozoide más rápido atraviesa la zona pelúcida, se funde y se une con la membrana plasmática del ovocito: el segmento ecuatorial de la cabeza del espermatozoide se adhiere a la superficie del ovocito gracias a un mecanismo ligando-receptor, y solo la cabeza del espermatozoide se engloba en la célula-huevo. El núcleo y el centriolo del espermatozoide son incorporados en el ovocito.

<sup>147</sup> La primera consecuencia de la fusión de los gametos es la variación de la composición iónica del ovocito fecundado, y en particular, el aumento repentino y transitorio de la concentración intracelular de Ca<sup>2+</sup> (Ca<sup>2+</sup>: Calcio (Calcium). El calcio es un elemento químico. Se encuentra en el medio interno de los organismos como ion calcio o formando parte de otras moléculas. Actúa como mediador intracelular cumpliendo una función de segundo mensajero (es decir, molécula que traduce señales extracelulares corriente abajo en la célula, hasta inducir un cambio fisiológico en un efector). Cfr. DEVLIN, T. M., Bioquímica, 4ª edic., (Barcelona, 2004). Edit. Reverté) que determina una onda iónica llamada onda de calcio: ésta señala el comienzo de la activación del cigoto y del desarrollo embrionario. Así da comienzo el desarrollo de un nuevo individuo que tiene el patrimonio genético y molecular de la especie humana. El aumento de la concentración de Ca<sup>2+</sup> citoplasmático induce la llamada reacción cortical que, a través del endurecimiento de la zona pelúcida y la desactivación de las moléculas receptoras de espermatozoides, impide la unión y la entrada de otros espermatozoides (poliespermia), y permite la protección del nuevo individuo que comienza su ciclo vital.

Al mismo tiempo asistimos a la formación de los pronúcleos. Pasadas pocas horas después de la penetración del espermatozoide, el núcleo de origen femenino completa su maduración, en esta fase se le llama pronúcleo femenino. Mientras tanto, el núcleo masculino, que en el momento de su introducción en el ovocito estaba en silencio, es decir, inerte respecto a los mecanismos de transcripción que permiten leer y traducir la información genética contenida en el núcleo, se transforma en un núcleo **funcionalmente activo**, el pronúcleo masculino, mediante profundas modificaciones bioquímicas y estructurales que prevén la interacción con elementos moleculares de origen materno. Durante esta fase, llamada **fase pronuclear**, los dos nuevos pronú-

**ca el comienzo de un nuevo organismo<sup>148</sup>**: el cigoto o embrión unicelular, que constituye un sistema nuevo que actúa como unidad<sup>149</sup>. Recientes descubrimientos muestran que en el embrión unicelular ya están activos siete genes<sup>150</sup>.

La prestigiosa ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA<sup>151</sup>, or-

cleos se acercan al centro de la célula, y mientras se mueven el uno hacia el otro, su información genética es leída para guiar el desarrollo. **Hoy en día se conocen muchos genes del nuevo genoma que ya están activos en este estadio**. Por consiguiente, la información del nuevo genoma guía desde el estadio unicelular el desarrollo embrionario. Alrededor de la 15ª hora después de la fecundación los dos pronúcleos se encuentran y la capa que los recubre se rompe determinando la mezcla de los cromosomas paternos y maternos, evento necesario para preparar el embrión unicelular para su primera división celular. Es importante subrayar que la activación coordinada del nuevo genoma **precede y no depende del encuentro de los pronúcleos** ni de la posición de los cromosomas. Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, El embrión humano en la fase de la preimplantación... *ibidem*, págs. 13-16.34.

<sup>148</sup> Es decir que **“en cuanto la cabeza de un espermatozoide penetra en el citoplasma de un óvulo** comienza una cadena de actividades. Dos sistemas, el del óvulo y el del espermatozoide, dejan de funcionar en forma individual, y constituyen un nuevo sistema (**genoma**) que comienza a operar como una ‘unidad’ llamada cigoto o embrión unicelular” (el resaltado es nuestro). CALVA MERCADO, María del Pilar, El embrión humano en su fase preimplantatoria. Material inédito, en formato digital. “De hecho, el primer evento constatable e indispensable biológicamente para que se forme un ser humano es, como para miles de otros seres, la fusión de dos células altamente especializadas y programadas de un modo finalista, el óvulo y el espermatozoide, es decir, la fecundación. **Desde el instante en que el espermatozoide entra en contacto con el óvulo y penetra en su citoplasma (singamia) después de haber atravesado la zona pelúcida, inicia una nueva cadena de actividades que indican de modo evidente que dos gametos no operan más como dos sistemas independientes, sino que se ha constituido un sistema nuevo que actúa como unidad**. Es una unidad definida por el término biológico “cigoto” o “embrión unicelular”.” (el resaltado es nuestro). DI PIETRO, María L., Sexualidad... *ibidem*, págs. 157-158.

<sup>149</sup> Con la fecundación se da un salto cualitativo esencial, ya que dos sustancias, entre las que existe una mera relación externa (óvulo y espermatozoide) pasan a formar una única sustancia que tiene unidad interna en grado de dirigir de manera autosuficiente su propio desarrollo (aunque éste dependa, en las primeras fases de su crecimiento, de la relación con la madre y con el ambiente externo).

<sup>150</sup> Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, Declaración final de la XII Asamblea General, 28/02/06, en [www.vatican.va/.../pontifical.../rc\\_pont-acd\\_life\\_doc\\_20060322\\_xii-gen-assembly-final\\_sp.html](http://www.vatican.va/.../pontifical.../rc_pont-acd_life_doc_20060322_xii-gen-assembly-final_sp.html). Citar este dato científico no implica en esta obra afirmar que el genoma nos “hace ser” personas, según explicamos en el capítulo anterior.

<sup>151</sup> ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Declaración de la Academia Nacio-

ganismo de consulta del Poder Judicial, sostiene que “la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre”.

### 2.3. Animación

Un punto muy debatido por los filósofos ha sido el del momento de la unión del alma racional con el cuerpo. Antes de abordar el problema, queremos subrayar que -frente a las distintas posturas filosóficas existentes ante un tema de tanta importancia y trascendencia- el moralista y el jurista deberán ajustarse siempre al principio “*in dubio pro vita*”.

Las posiciones sobre este problema acerca del momento en que se daría la unión del alma racional con el cuerpo las clasifica NAVARRO<sup>152</sup> en cuatro grupos: antes de la fecundación; en el momento del parto; durante el transcurso de la gestación; en el instante de la fecundación. Y concluye tomando postura en favor del último supuesto, ya que el “huevo humano” –terminología por él empleada-, cuando se fecunda, posee una organización conmensurada a un alma racional propia e individual y también la constitución físico-química de su sustancia. El alma se encuentra pues, a su parecer, desde el primer momento, en todas y cada una de las células del organismo; ocupa la totalidad de la persona. Si bien no se puede presentar una prueba apodíctica de la presencia del alma racional en el primer momento de la concepción, los argumentos de congruencia y probabilidad dan certeza moral suficiente.

Explicamos en el acápite 2.1. de este capítulo que el alma es

nal de Medicina sobre Fertilización asistida... ibidem.

<sup>152</sup> NAVARRO RUBIO, E., El momento de la unión del alma con el cuerpo, (Pamplona 1957). Edit. Estudio General de Navarra. Cit. por SANTOS RUIZ, Ángel, Vida y espíritu ante la ciencia de hoy, (Madrid, 1970). Edit. Rialp S.A.. Págs. 151-152.

principio de orden, de unidad y de organización de la materia, intrínseco al viviente humano individual. ARISTÓTELES la define como “acto primero de un **cuerpo natural organizado**” (el resalta-do es nuestro)<sup>153</sup>. El alma humana es el principio organizador del embrión, la que hace que la estructura del cuerpo del embrión sea una unidad viva, y el “principio primero” de sus operaciones.

Algunos autores, basando su argumentación en la teoría de la animación retardada, se han interrogado acerca del momento en que el cuerpo está suficientemente organizado para poder “recibir” el alma racional. Según esta corriente de pensamiento, un alma racional puede estar presente sólo en un cuerpo que está preparado para desarrollar las actividades espirituales, y la presencia de la corteza cerebral sería condición necesaria para ejercitar esa función. Por consiguiente, el organismo biológico que se forma en la fecundación -capaz de acciones biológicas no racionales- no está preparado para acoger un alma racional. Esta posición ha sido criticada, argumentándose que la teoría de la animación retardada no sería una consecuencia lógica de los principios de la teoría hilemórfica<sup>154</sup> sino que dependería esencialmente de los limitados

<sup>153</sup> ARISTÓTELES, De Anima, II, 1, 412, a.9-b.6., (Madrid 1978). Edit. Gredos. Págs. 168-169, Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, págs. 82 ss.

<sup>154</sup> La teoría hilemórfica aristotélica sostiene que la materia prima y la forma substancial integran juntamente la esencia de toda substancia corpórea, que en virtud de la forma es tal ente, y en virtud de la materia es individuo distinto de otros de la misma especie. Se trata de dos partes esenciales de la substancia, o de dos co-principios esenciales: son partes de la esencia, que no han de entenderse de modo cuantitativo o como teniendo un modo de ser completo. No cabe situarlas en un determinado sitio del cuerpo. Tampoco se ha de pensar que la materia es el cuerpo visible y que la forma sería como una “entidad invisible” situada dentro del cuerpo. Son dos realidades que están presentes en todo el ente corpóreo y en cualquiera de sus partes. La unidad existente entre la forma y la materia se entiende a la luz de la doctrina del acto y la potencia: la materia es potencia de la forma, sujeto receptivo del acto formal, y a su vez, la forma es acto de la materia, perfeccionamiento o determinación esencial de la materia. Se unen inmediatamente y por sí mismos, en cuanto cada uno de ellos es en el otro. La realidad completa y subsistente es la síntesis de estos coprincipios, la materia formada o la forma “materia”; la substancia es el compuesto (en griego, *sinolon*) de materia y forma, que en la comparación anterior corresponde a la estatua entera. Cfr. CENTRO DE ESTUDIO A DISTANCIA “SAN BRUNO OBISPO DE SEGNI”. Apuntes de clases de Filosofía de la Naturaleza I, clase 10, unidad 4, en formato digital.

conocimientos biológicos disponibles en el tiempo del Estagirita y el Aquinate, pensadores en los cuales se fundaría la teoría. Una adecuada aplicación de los principios a los conocimientos científicos actuales, llevaría a sostener la animación inmediata, y por tanto a afirmar la humanidad plena del ser humano recién constituido<sup>155</sup>.

Por nuestra parte consideramos que desde la penetración del espermatozoide en el óvulo **hay vida**, es decir, capacidad de automovimiento, ya que ese óvulo fecundado por el espermatozoide (al que llamamos en esta obra “embrión”) comienza de inmediato a desarrollarse, y esto lo hace por sí mismo. Prueba de ello son las fecundaciones extracorpóreas *in vitro*, en las cuales el embrión se desarrolla en una Placa de Petri.

Y esa vida que comienza con la penetración del espermatozoide de un hombre en el óvulo de una mujer no puede ser más que **humana**, ya que el efecto se asemeja a la causa.

A ese principio vital del embrión lo denominamos **alma**. Y ese alma del embrión consideramos que es **racional desde la fecundación**, ya que es imposible desde un punto de vista filosófico que la materia reciba sucesivas formas substanciales (tales como el alma vegetativa, el alma sensitiva y el alma racional) sin dejar de ser esa substancia para convertirse en otra distinta. Por otra parte pensamos que es también imposible desde un punto de vista filosófico que el alma vegetativa evolucione hacia un alma sensitiva, y ésta hacia un alma racional<sup>156</sup>, ya que de lo menos no puede surgir lo más. Por lo tanto sostenemos que el embrión tiene alma racional, aunque sea discutible doctrinariamente el momento en que las potencias superiores de ésta –inteligencia y voluntad– comienzan a operar.

<sup>155</sup> Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, El embrión humano en la fase de la preimplantación... *ibidem*, pág. 38.

<sup>156</sup> Afirma R. SPAEMANN: “El hombre es un ser singular desde el principio. La singularidad humana no es fruto del desarrollo. Es ella, más bien, la que le marca el rumbo. La forma del hombre, el alma, no es primero un alma embrionaria y después un alma adulta. El alma constituye (...) la íntima ley de nuestra biografía, cuya eficacia es la misma en el comienzo de la vida que en su cima”. SPAEMANN, R., La inviolabilidad de la vida humana, Anuario Filosófico, 1994, 27, p. 79. Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... *ibidem*, págs. 86 ss.

Es un dato de experiencia que el hombre no vive desde siempre sino que ha comenzado a vivir en un tiempo determinado, *ergo* es evidente que la vida le es dada por otro ser que pueda dársela porque la tiene por sí y en sí, desde siempre y para siempre. A este ser llamamos “Dios”. Por lo tanto concluimos desde un punto de vista filosófico que Dios infunde el alma, principio vital, en el cuerpo humano.

## 2.4. Persona

Hemos mostrado que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación. Por nuestra parte, si bien es un tema controvertido, sostenemos que a partir de la fecundación el ser humano es persona<sup>157</sup>, basándonos en los siguientes argumentos.

BOECIO define la persona como “*rationalis naturae individua substantia*”<sup>158</sup> (sustancia individual de naturaleza racional). A continuación explicaremos brevemente cada concepto.

**Substancia:** es “aquello que subsiste en sí sin adherirse a otro”<sup>159</sup>. El accidente, por el contrario, necesita de una substancia en la cual inherir. Un hombre adulto es la misma sustancia que se encontraba en el seno materno. Han cambiado sus accidentes, pero es “el mismo”. Esa **unidad ontológica** se denomina substancia.

**Individuo:** “es aquello que es en sí indistinto y distinto de to-

<sup>157</sup> “Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: una persona, un individuo con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar”. Aunque la presencia de un alma espiritual no puede deducirse de la observación de ningún dato experimental, las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?”. JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium Vitae sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, 25/03/95, AAS 87 (1995), en [www.vatican.va](http://www.vatican.va). N° 60.

<sup>158</sup> Citado en TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I, q. 29, a. 1.

<sup>159</sup> Cfr. In Aristotelis Libros Physicorum III, 5, en formato digital.

dos los otros. Persona entonces, en cualquier naturaleza, significa aquello que es distinto en aquella naturaleza: pero en la naturaleza humana significa estas carnes y estos huesos, y esta alma que son los principios que individualizan al hombre, los cuales aunque no sean del significado de persona, lo son del significado de la persona humana<sup>160</sup>. **Individuación:** no todo individuo es persona, pero toda persona es individuo<sup>161</sup>. Por lo tanto, los términos individuo y persona de ninguna manera son opuestos, pero tampoco son idénticos totalmente, puesto que la persona no sólo expresa a **un** individuo de la especie<sup>162</sup> o substancia individual sino que sobre todo significa **incomunicabilidad** o individualidad de subsistencia. La persona incluye a la naturaleza individual, dándole su última perfección que es la incomunicabilidad. Esta incomunicabilidad que hace única a una substancia particular no le viene a esa substancia en virtud de su ser substancia. No es que la substancia tiene a la persona, como a una determinación más, sino que por el contrario, la persona es el sujeto que tiene en sí mismo de manera indivisible, independiente e incomunicable, además de la naturaleza individual, la existencia y todos los accidentes. **Principio de individuación:** por lo tanto, el principio de individuación es la materia signada por la cantidad. Así, cada individuo es diverso y posee un intelecto propio, aunque pertenece a una única especie, mediante este principio, ya que la forma (principio esencial) está destinada a ser participada en muchos de manera que “pasa a ser acto de alguna materia, así, la forma puede individualizarse y multiplicarse por su disposición o conformi-

<sup>160</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I, q. 29, a. 4.

<sup>161</sup> Esto en el hombre no comporta una división real entre el ser individuo y el ser persona, puesto que esta última engloba todo.

<sup>162</sup> “En las substancias individuales subsistentes del mundo corpóreo, sean personas humanas, sean animales o vegetales o minerales, podemos considerar dos cosas: la una, que existan como individuos subsistentes y esto implica perfección; la otra, que al existir como individuos subsistentes no tengan toda la perfección de la propia especie, lo que sin duda importa imperfección”. MEINVIELLE, Julio, Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana, (Buenos Aires, 1948). Edit. Nuestro tiempo. Pág. 37.

dad con la materia<sup>163</sup>. Sin embargo, no es conveniente reducir la particularidad de cada hombre al principio de individuación, sino que es necesario recordar que la subsistencia, por lo cual también decimos que alguien es uno, le viene en virtud del ser, principio de unidad<sup>164</sup>. Finalmente, siendo el hombre una creatura racional, todas estas determinaciones están englobadas en un ser personal, verdadero centro a partir del cual se puede comprender al hombre particular, ya que la persona es la que hace que la substancia sea perfectamente individual. Por ello, no se puede reducir la consideración de las diferencias individuales al aspecto somático. La individuación de cada hombre no sólo adviene al hombre por la materia, sino sobre todo por la forma<sup>165</sup> que le es propia, exclusiva e individual y que es identificada con el componente espiritual del ser humano: el alma<sup>166</sup>. Santo TOMÁS DE AQUINO afirma: “La unidad de un ser compuesto de materia y forma proviene de la misma forma, que por sí misma se une a la materia como acto de ésta<sup>167</sup>. Por otra parte, el alma humana es inmaterial y por ende inmortal<sup>168</sup>. En consecuencia, el alma humana es forma del cuer-

<sup>163</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo, De unitate intellectus, 161, cit. por SCHELL, Patricia E., El principio de individuación en De unitate intellectus, (Buenos Aires, 1992). Trabajo inédito, en formato digital.

<sup>164</sup> SCHELL, Patricia E., El principio de individuación... *ibidem*.

<sup>165</sup> Nótese la concordancia con lo que se afirma desde un punto de vista biológico: “La identidad individual del embrión humano, y posteriormente del bebé, del infante y del adulto, está determinada por la identidad de una forma, no de una materia”. GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología... *ibidem*.

<sup>166</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... *ibidem*, págs. 82 ss.

<sup>167</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I, q. 76, a. 7.

<sup>168</sup> Un ser es naturalmente inmortal cuando es incorruptible y puede vivir y obrar independientemente de otro. El alma humana es incorruptible porque es simple e indivisible (puede vivir y obrar independientemente del cuerpo, porque es un espíritu). Por lo tanto es inmortal por naturaleza, ya que un espíritu no puede morir. El alma humana es incorruptible, es decir, que no encierra en sí ningún principio de disolución y de muerte. La muerte es la descomposición, la separación de las partes de un ser. Como el alma no tiene partes, pues es simple e indivisible, no puede descomponerse, disolverse o morir. La vida del alma no depende de la vida del cuerpo, por lo tanto, en virtud de su propia naturaleza, el alma humana sobrevive al cuerpo. La vida sensitiva,

po mientras el hombre vive, pero como es inmaterial, es capaz de permanecer separada después de la muerte. Por esto, el cuerpo es principio de individuación del alma sólo inicialmente, pero una vez individuada, el alma permanece tal aún separada del cuerpo.

**Alma racional**<sup>169</sup>: Gracias a la presencia del alma racional el cuerpo se determina, se organiza y se diferencia; esta es además la condición ontológica necesaria para el ejercicio de las actividades humanas inferiores y superiores, aunque no es reductible a ellas<sup>170</sup>. Por eso el alma preserva la “identidad”<sup>171</sup> del hombre a través del cambio de su materia.

única que poseen los animales, no puede ejercerse sino mediante el cuerpo: por eso el alma de los animales, muerto el cuerpo, es incapaz de ejercer función alguna; porque estas almas, sustancias imperfectas, en cuanto sustancias, mueren con el cuerpo. Pero el alma del hombre es espiritual, ya que sus potencias no dependen de los órganos corporales. Prueba de ello, v. gr. es la tercera operación de la razón: el raciocinio. Si bien los conceptos que el hombre utiliza al razonar fueron elaborados por la inteligencia a partir de los sensibles captados por los sentidos externos (que radican en órganos corporales), una vez elaborados aquellos, las potencias del alma racional –en este caso la inteligencia– puede operar sin dependencia del cuerpo. Por tanto el alma puede seguir operando a través de sus potencias superiores después de la muerte, pues el alma humana sobrevive al cuerpo. Por otra parte, el deseo del alma humana de plena posesión de la verdad no podría existir en ella si no fuese por su naturaleza inmortal.

<sup>169</sup> La definición clásica de hombre como animal racional es considerada como de indudable procedencia aristotélica; sin embargo, en ninguna de sus obras ARISTÓTELES la da formalmente, sino que divide los animales en racionales e irracionales. Por eso la definición del hombre como el animal que tiene logos, razón, esto es, el animal racional, parece haber sido una de las definiciones del Liceo y que después ha pasado a integrar el acervo propiamente filosófico.

<sup>170</sup> Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *El embrión humano en la fase de la preimplantación...* *ibidem*, pág. 39.

<sup>171</sup> Lo que dota de unidad orgánica al material biológico dado, desde un punto de vista ontológico, es el alma. El alma es lo que anima o vivifica el organismo o estructura de partes de que consta el viviente. Cualquier ente que muestre una identidad de organismo es un individuo. La identidad orgánica es radicalmente diferente de la identidad física, ya que durante su vida un organismo cambia continuamente sus componentes materiales (átomos, moléculas) siendo, sin embargo, el mismo. La **identidad orgánica** es la identidad de una forma dinámica (en el tiempo) no de una materia. Cfr. JONAS, H., *El principio vida. Hacia una biología filosófica*, (Madrid, 2000). Edit. Trotta. Pág. 216 ss. Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones humanos congelados...* *ibidem*, pág. 84.

**Racionalidad**<sup>172</sup>: para poder afirmar que una sustancia determinada es persona, se debe evaluar si posee naturaleza racional. La igualdad ontológica de los hombres se fundamenta en su naturaleza racional, que los distingue de los animales, vegetales e inanimados. Porque la naturaleza de cada ser se manifiesta por su operación<sup>173</sup>. Ser racional es un modo de ser que se expresa por especiales actos (de inteligencia y voluntad), los cuales hacen posibles otras funciones (lenguaje, moralidad, técnica)<sup>174</sup>.

Algunos autores no le otorgan al concebido el carácter de persona pues sostienen que el embrión es una sustancia irracional que con el transcurso del tiempo se convertirá en sustancia racional, adquiriendo así el carácter de persona. Por lo general se establece dicho momento cuando comienza a operar racionalmente, lo cual se da después del nacimiento de ese ser humano. Consideramos que esto es imposible desde un punto de vista filosófico, dado que la sustancia individual es inmutable: sólo pueden cambiar los accidentes. Recordemos que la naturaleza racional no posee una existencia propia y autónoma como naturaleza, sino que subsiste en la persona (sustancia individual). Si cambiase la forma substancial (de irracional a racional) dejaría de ser esa sustancia para convertirse en otra distinta. Y si se mudase en una sustancia distinta (racional) no podría hacerlo sin haber muerto primero, precisamente porque la vida es el existir de los vivientes, y para que pudiésemos decir que una sustancia racional, v. gr. un niño, sucede a una irracional, v. gr. un embrión, éste tendría que haber dejado de ser, lo que no puede acaecer sino con la muerte. Y esto es, precisamente, lo que no sucede en el caso de la vida humana: el embrión no muere para dar paso al niño, sino que hay una continuidad en la vida de ambos. La presencia de un fundamento ontológico (sustancia) garantiza la unidad interna y la continuidad en el tiempo del ser humano personal, desde el momento de

<sup>172</sup> No debe confundirse la racionalidad con el racionalismo. La razón no se define como “pensar ideas”. Cfr. BLANCO, Guillermo P., *Curso de antropología filosófica*, (Buenos Aires, 2002). Edit. Educa. Págs. 373-374.

<sup>173</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, l q.75 a.2.

<sup>174</sup> Cfr. BLANCO, Guillermo P., *Curso de antropología...* *ibidem*, págs. 373-374.

su constitución como organismo. Es imposible, por lo tanto, que exista una transición continua y gradual de “algo” a “alguien”<sup>175</sup>.

Si bien la persona se manifiesta mediante sus capacidades y se expresa en sus comportamientos, no se agota ni se reduce a ellos<sup>176</sup>. “Por lo tanto, el no ser en acto de determinados caracteres o comportamientos (como por otro lado es inevitable en el caso de la vida humana prenatal), no equivale a la ausencia de la persona. La persona está antes y más allá de la expresión de sus capacidades y comportamientos”<sup>177</sup>.

Por todo ello concluimos que el embrión es racional desde su concepción, en el sentido filosófico del término. Si no lo es desde la concepción, nunca podrá operar racionalmente, porque el operar sigue al ser: “*Operari sequitur esse*”. Sólo se puede operar racionalmente si se tiene la capacidad, la potencia, para hacerlo. Reiteramos, el embrión es racional desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, porque si no lo fuese desde el inicio de su vida, en el futuro nunca podrá operar racionalmente. Es irrelevante el tiempo que deba transcurrir hasta que opere racionalmente. Es racional porque posee un alma racional e inmortal que lo erige en sustancia dotada de una particular dignidad entre todas las otras sustancias materiales.

### 2.4.1. Dignidad personal

Santo TOMÁS DE AQUINO<sup>178</sup> enseña que dignidad significa bondad en sí mismo, en cambio utilidad significa bondad para

<sup>175</sup> Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *El embrión humano en la fase de la preimplantación...* *ibidem*, pág. 39.

<sup>176</sup> Quienes por este argumento niegan la personalidad del embrión, reducen la sustancia a un accidente operativo: el hacer uso de la razón, es decir, reducen el ser al operar, reduccionismo que hunde sus raíces en el “*Cogito, ergo sum*” de DESCARTES.

<sup>177</sup> Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, *El embrión humano en la fase de la preimplantación...* *ibidem*, pág. 39.

<sup>178</sup> “*Dignitas significat bonitatem alicuius propter seipsum, utilitas vero propter aliud*”. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Comentarios a los libros de sentencias de Pedro Lombardo*, III, d. 35, q. 1 a 4 sol 1, cit. por RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica*, (Madrid, s/f.). Edit. Speiro S.A.. Pág. 31.

otra cosa que uno mismo. El hombre es la única creatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico. La dignidad humana radica en la verdad sobre el hombre: su superioridad sobre todo lo creado, fundada en el **fin** para el cual ha sido creado. La realización del **fin** del hombre -en lo cual radica su felicidad- consiste en alcanzar en la máxima plenitud posible para él, el objeto al cual tienden las **potencias superiores** de su alma racional (inteligencia y voluntad), que le son propias y lo distinguen de los animales. El objeto del acto de la inteligencia -conocer- es la verdad. El objeto del acto de la voluntad -amar- es el bien. Por tanto, la felicidad del hombre consiste en conocer la verdad y amar el bien. Esto es, **conocer y amar a Dios**. Esta última afirmación se funda en que Dios “es”, y es principio y fin de los entes, especialmente de las criaturas racionales<sup>179</sup>. Y toda perfección -tales son la verdad y el bien- que está en el efecto (los entes), también tiene que estarlo en la causa eficiente y de modo más perfecto. Y como Dios es la primera causa eficiente de los entes, es necesario que las perfecciones de los entes preexistan en Dios de un modo absolutamente perfecto<sup>180</sup>. El hombre, por tanto, supera a todas las demás creaturas por la perfección de su naturaleza racional<sup>181</sup> y por su fin específico, y en ello radica su dignidad intrínseca<sup>182</sup>. Sostenemos que esta fundamentación ontológica de

<sup>179</sup> Nos remitimos a la demostración de TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, I, q. 1-2.

<sup>180</sup> Santo TOMÁS da, además de éste, otros argumentos filosóficos para demostrarlo. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, I, q. 4 a. 2.

<sup>181</sup> El Doctor Angélico afirma que “la persona es lo más perfecto en toda la naturaleza”. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, I, q. 29 a. 3: “*Persona significat quod est perfectissimum in tota natura*”.

<sup>182</sup> Victorino RODRÍGUEZ afirma que la dignidad le viene a la persona humana de dos elementos: a) el ser de naturaleza racional o intelectual, superior a la de los demás seres creados no intelectuales -de donde nacen las facultades de pensar, querer, elegir, sentir, obrar racional y libremente y demás manifestaciones y resultados de humanidad-; b) el de persistencia en el existir, participado del Ser por esencia, y en su duración eviterna. Su duración eviterna es consecuencia de su inmortalidad natural por su condición de espíritu. El alma separada del cuerpo está disminuida en cuanto persona, por faltarle su parte consustancial natural o cuerpo (Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica...* *ibidem*, pág. 31). Desde la separación del

la dignidad humana no podrá ser jamás superada por la fundamentación del voluntarismo del legislador.

**En resumen y por todo lo antes expuesto, consideramos que el hombre es un compuesto substancial de alma racional y cuerpo desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y que desde ese mismo momento es persona (substancia individual de naturaleza racional). Y que es digno por su perfección y su fin propio.**

Sobre estas afirmaciones continuaremos el desarrollo de esta obra, reiterando que nuestra postura no es aceptada unánimemente por los filósofos. Pero pensamos que, **aunque se discrepe sobre el fundamento antropológico de esta obra, se pueden compartir sus conclusiones** dado que, ante la duda, deberá estarse siempre a favor de considerar al embrión como un hombre y como persona, por el principio -que tiene diversas formulaciones- “*in dubio pro vita*” o “*in dubio pro homine*”<sup>183</sup>.

Cabe destacar que en nuestra argumentación no hemos utilizado -ni utilizaremos en adelante- el dato revelado ni nos valemos de la fe, sino sólo de la **razón**.

Es interesante destacar la siguiente declaración de la SOCIEDAD SUIZA DE BIOÉTICA<sup>184</sup>, que se expresa en el mismo sentido que lo hacemos en esta obra: “1. Es un **hecho científico incontrovertible** que el embrión humano, con todas sus potencialidades y en todas sus fases de desarrollo, es un individuo humano. Esto se aplica tanto al óvulo fecundado como al embrión uni o pluricelular... 3. El embrión humano **posee la dignidad y**

cuerpo, el alma ya no es persona; el alma vive como semi-persona, si bien subsiste como distinta y racional. No es “*subsistens completum*” (subsistente completo), sino “*quasi subsistens*” (cuasi subsistente). Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibídem*, III, 2, 2 ad 3; 2, 2 ad 2; 4, 2 ad 2.

<sup>183</sup> Esto es una aplicación del principio de la ética que establece que nunca es lícito obrar con conciencia dudosa, por tanto, ante la duda de encontrarse en presencia de una persona humana, se debe respetar al embrión humano como si lo fuera.

<sup>184</sup> Publicada en el diario Ostschweiz el 7 de marzo de 1987. Cit. por NAVARRO DEL VALLE, Hermes, *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*. Prolog. por Jorge SCALA, (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad Nº 5. Edit. Promesa. Pág. 64-67.

**los derechos fundamentales reconocidos en el ser humano.** No se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia. Conferir al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una **corrupción inadmisibles de la razón...** 8. Declaramos, finalmente, que estos principios **no se derivan de una determinada creencia, moral o ética.** Se apoyan sobre todo **en el buen uso de la razón**” (los resaltados son nuestros).

## 2.5. Hombre, animal social y político

Santiago RAMÍREZ, en su conferencia *Pueblo y gobernantes al servicio del Bien Común*, pronunciada en Madrid en octubre de 1951<sup>185</sup>, trata los siguientes puntos, que sintetizan admirablemente la enseñanza de la filosofía realista sobre la **politicidad natural del hombre**: “II.a. Principios ontológicos sobre la naturaleza del hombre: 1. Hasta donde llega la filosofía: el hombre, animal, racional, persona. III.1. El hombre necesita de la sociedad para su bien. A. Hasta donde llega la filosofía: el hombre, naturalmente inclinado hacia la sociedad, la necesita para el desarrollo de su personalidad y la consecución de su felicidad natural. a) El deseo de perfección humana sólo se logra en la comunicación social. b) En todos los tiempos y latitudes han formado los hombres núcleos sociales organizados. c) El hombre aislado se halla en estado de indigencia corporal y espiritual. d) El hombre necesita agruparse para defender los bienes materiales y espirituales obtenidos tras grandes y seculares esfuerzos”. Podemos concluir entonces, junto con ARISTÓTELES, que “es, pues, manifiesto que la ciudad es algo natural y que el hombre es por naturaleza animal político”<sup>186</sup> ya que “todo ser humano tiende naturalmente a la convivencia, pues sólo la sociedad política puede proporcionarle un sinnúmero

<sup>185</sup> RAMÍREZ, Santiago, *Pueblo y gobernantes al servicio del Bien Común*, (Madrid, 1951). Inédita.

<sup>186</sup> ARISTÓTELES, *Política I*, 2. Cit. por WIDOW, Juan Antonio, *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, (s/l, 2007). Edic. Nueva Hispanidad. Pág. 2.



ro de bienes de toda índole que no podría alcanzar con su sola actividad individual. De esto se sigue la sociabilidad natural del hombre y el carácter de medio necesario que la sociedad política reviste en el esfuerzo personal para realizar nuestra felicidad o plenitud"<sup>187</sup>.

<sup>187</sup> SACHERI, Carlos A., Función del Estado en la economía social, en "Verbo", N° 75 (Buenos Aires, 1967). Pág. 8. Ver también HERNÁNDEZ, Héctor H., Sacheri: predicar y morir por la Argentina, (Buenos Aires, 2007). Edit. Vórtice. Pág. 215 y ss. Estos conceptos los desarrollaba el autor en otro artículo, de la siguiente manera: "**Experiencia histórica de la natural socialidad**: En primer lugar, ello es testimoniado por la experiencia histórica de la humanidad, ya que cuanto más remonta el hombre en el conocimiento de su pasado, tantas mayores evidencias halla respecto de los signos de vida social. El Doctor Angélico hace suyos los argumentos formulados por ARISTÓTELES al comienzo de su Política y comenta, en particular, lo relativo al lenguaje humano como signo natural de sociabilidad. Pero ello no basta a nuestro propósito, pues es menester distinguir un doble fundamento de la sociabilidad, basados en la enorme "distancia" que separa la posesión de la mera existencia humana ("*esse simpliciter*"), de su total perfeccionamiento ontológico-moral en la felicidad o bien humano perfecto ("*bonum simpliciter*") (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, I, q. 5, a. 1 ad 1). **Orden de generación**: A ese doble fundamento lo designaremos como orden de generación ("*ordo generationis*"), que atiende al inicio de la vida humana, y orden de perfección ("*ordo perfectionis*"), orientado hacia el pleno desarrollo de las aptitudes del sujeto. En cuanto a su origen, la dependencia social del hombre se manifiesta en dos aspectos fundamentales: la misma relación generadora o procreadora y la radical indigencia en que se encuentra el recién nacido. **Orden de perfección**: En cuanto a su perfección, podemos distinguir una triple dependencia social: en cuanto al bienestar material, a la plenitud intelectual y a la plenitud moral. **Para la obtención de bienes materiales**: Resulta evidente la dependencia de cada individuo respecto del concurso de esfuerzos humanos imprescindibles para la producción y distribución de los bienes materiales más elementales. **Para la obtención de capacitación intelectual**: Pero no menos manifiesta es la enorme dependencia en su capacitación intelectual, pues o bien cada individuo es capaz de adquirir todos los conocimientos por sí mismo (tesis rousseauiana del Emilio) o bien los adquiere por vía de enseñanza, la cual implica dependencia de los demás hombres. Lo primero es de suyo más perfecto, pero mucho menos frecuente. La condición normal del aprendizaje humano es la dependencia con relación a diversos magisterios. **Para la obtención de la perfección moral**: Aún más marcada es la dependencia del hombre en la línea de su perfección moral. La naturaleza de la voluntad, como apetito racional, está de suyo ligada al lento desenvolvimiento de la capacidad cognoscitiva, y ello por muchos años. Pero durante los mismos, se van arraigando en el temperamento infantil una serie de disposiciones del temperamento o complexión individual, que lo inducen a determinados modos de conducta (timidez, egoísmo, generosidad, etc.). Como la perfección moral estriba en el obrar según la razón, es decir, en la posesión de las virtudes morales como hábitos operativos buenos (TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo

El concepto de social, sociedad, sociabilidad, es un concepto análogo, que comprende al menos tres notas: pluralidad (un individuo no forma una sociedad consigo mismo), unión (una mera pluralidad de individuos independientes no constituye una sociedad) y convivencia (no cualquier tipo de relación es social).

Lo social puede definirse como conjunto de hombres que realizan algo en común en vistas a un **fin**<sup>188</sup> (bien común). El hombre es el fundamento de lo social, ya que es anterior sustancialmente. Lo social no es una realidad sustancial sino algo del hombre. En el sentido más profundo sí es una relación real y su fundamento es la conducta humana, que por esa relación se hace social. Se trata de un *proprium* del hombre, emana de la necesidad de la naturaleza humana. Este carácter necesario y específico de la relación social tiene a la vez otro fundamento: la indigencia del hombre

Tomás de Aquino... ibidem, I-II, q. 50), o bien el individuo se rectifica a sí mismo en su obrar, o bien lo logra con la ayuda de los otros. Pero la adquisición de la virtud moral, supone por parte del individuo la capacidad para determinar por sí mismo el justo medio en que radica el obrar virtuoso. Ello es prácticamente imposible al niño, por el escaso desarrollo intelectual de los primeros años, por su inexperiencia, por el arraigo progresivo de ciertas disposiciones negativas antes mencionadas y la imposibilidad en que se encuentra de introducir una medida en sus propios actos. De ahí la tremenda importancia de la primera educación que el niño ha de recibir en el hogar. La misma consistirá en introducir en las actividades infantiles un orden racional (sueño, alimento, higiene, etc.) y en disponerlo favorablemente o sensibilizarlo a los bienes connaturales perfectivos, propios de cada virtud cardinal. Así favorablemente dispuesto, el niño irá ejercitando su voluntad, bajo la guía prudencial paterna; cuando ésta falta, el adolescente tendrá enormes dificultades en alcanzar una madurez ética suficiente". SACHERI, Carlos A., Santo Tomás y el orden social, en "Verbo", N° 152, (Buenos Aires, 1975). Págs. 5-13.

<sup>188</sup> Enseña el Dr. LAMAS que a este **común querer acerca del fin** se llama **concordia** (*cum-cordis*: los corazones unidos en torno a algo, que es el fin) y es un mínimo de amistad requerido para que haya grupo social. Si no existe un mínimo de amistad entre los integrantes de un determinado grupo social, no es posible que se pueda lograr el fin, no es posible hablar de verdadera sociedad. Es decir, todos los miembros de la sociedad están unidos en torno al fin, ya que todos dedican sus esfuerzos para la consecución del mismo objeto, y dicho objeto, a su vez, los une entre sí (Cfr. LAMAS, Félix A., Ensayo sobre el Orden Social, (Buenos Aires, 1984). Edit. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino). Por eso —pensamos— dice ARISTÓTELES que "la amistad, además, parece vincular las ciudades, y podría creerse que los legisladores la toman más a pecho que a la justicia". ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, VIII, I., en formato digital.

en soledad<sup>189</sup>.

Por otra parte, cada ser humano es **único e irrepitable**, es él mismo, con este cuerpo y este alma, distinto y separado de todo otro ser humano, y por tanto tiene una misión única e irrepitable. Esta afirmación se basa en los principios antropológicos antes explicados.

La irrepetibilidad del ser humano y su natural politicidad tienen una importancia radical para esta obra, ya que, fundados en ellas podemos afirmar que, quien mata un ser humano –en el caso, mediante las técnicas de fecundación extracorpórea-, priva a la sociedad de un miembro destinado a cumplir en ella una misión única e irrepitable. Es decir, **quien mata a un ser humano atenta contra la sociedad**, cuyo fin es el bien común. Atenta contra la sociedad porque todos los que la componen están llamados a realizar el bien común cotidianamente, así como a participar y disfrutar de él en común. Su concreción requiere la coordinación de todos los esfuerzos de los integrantes de la sociedad. Por lo tanto, matar un ser humano es privar a la sociedad de un miembro destinado a contribuir de modo único e irrepitable en la consecución del bien común<sup>190</sup>.

<sup>189</sup> Cf. LAMAS, Félix A., *Ensayo sobre el Orden Social...* *ibídem*.

<sup>190</sup> Eso enseñan tanto el Talmud como el Corán: que quien mata a un ser humano es como si matase a toda la humanidad, y quien salva una vida es como si hubiese salvado el mundo entero. Cfr. SANHEDRIN, *Talmud Ierushalmi*, cap. 4, 22a y 37a; y SURA, *Qur'an*, 5, 32, respectivamente. Cit. por TOLLER, Fernando M, *Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (Diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada)*, en "El Derecho", 11/08/06.

En el mismo sentido lo dice bellamente el poeta: "¿Quién no echa una mirada al sol cuando atardece? / ¿Quién quita sus ojos del cometa cuando estalla? / ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo? (...) / Ningún hombre es una isla, entero por sí mismo. / Cada hombre es una pieza del continente, una parte del todo. / Si el mar se lleva una porción de tierra, / toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, / o la morada de uno de tus amigos, o la tuya propia. / La muerte de cualquiera me disminuye, / porque me encuentro involucrado en la humanidad; / por eso, nunca preguntes por quién doblan las campanas; / están doblando por ti". DONNE, John (1572-1631), *Devotions Upon Emergent Occasions* (1623), Chapter XVII. Cit. por TOLLER, Fernando M, *Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero...* *ibídem*. La muerte de cualquiera disminuye a la sociedad, por eso, **doblan las campanas ante cada niño que muere a causa de la fecundación artificial**

## 2.6. Hombre y mujer

Sostiene Victorino RODRÍGUEZ<sup>191</sup> que la individualidad de la persona humana es plenamente psicosomática, afectando substancialmente al cuerpo y al alma, de modo que las almas de dos personas son diversas no sólo numéricamente sino en calidad o modo de ser, y no sólo extrínseca o accidentalmente, en su dependencia situacional y funcional del soma, en sus facultades, hábitos y operaciones, sino intrínseca y substancialmente<sup>192</sup>. Diferenciación que será más pensable entre los diversos tipos o grupos humanos, especialmente entre el alma del hombre y el alma de la mujer<sup>193</sup>.

La individualidad substancial de la mujer respecto del hombre, desde el momento ontogenésico, es una diferenciación más entrañable y persistente que su peculiar personalidad psicológica

### extracorpórea...

<sup>191</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica*, (Madrid, s/f.). Edit. Speiro, S.A., pág. 35.

<sup>192</sup> Las expresiones "diferencia substancial" de las almas humanas, o "distinción de formas substanciales" de las distintas personas pueden resultar ambiguas, puesto que, si la forma constituye a la especie, la diversidad de formas supondría diversidad de especies. Cabe aclarar, como lo hace el P. Victorino RODRÍGUEZ, que la diversidad de formas substanciales da lugar a diferencias específicas cuando la diversidad es propia u original de la misma forma, no cuando es participada del sujeto o materia individual correlativa, en cuyo caso da lugar no a diferenciación substancial, sino substancial-individual. Por ser el hombre esencialmente compuesto de espíritu y materia, por ser su alma única y simple, forma substancial de todo el sustrato bioquímico de la persona, resulta lógico pensar que el modo de ser o estructura íntima del cuerpo, su peculiaridad individual, condicione y califique substancialmente al alma que lo informa. Como a cada especie animal corresponde una estructura corporal propia, que no puede intercambiar sin morir, a la especie humana le corresponde un cuerpo humano; y, como la especie humana tiene su cuerpo, sólo variable dentro de ciertos límites intraespecíficos, cada hombre tiene su cuerpo propio, sólo variable dentro de los límites de su individualidad personal. El alma no es ciertamente un producto del cuerpo, pero Dios al crear espíritus encarnados los crea a la medida de sus cuerpos o estructura sus cuerpos a la medida de sus almas. La individualidad anímica y la pluralidad personal dentro de la única especie humana tienen su posibilidad ontológica en la condición hilemórfica del ser humano, explicada anteriormente. Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica...* *ibídem*, pág. 37-39.

<sup>193</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica...* *ibídem*, pág. 38-39.

adquirida y variable. Este especial y distintivo modo de pensar, sentir y comportarse tiene su punto de partida en su constitución psicofísica originaria, siempre dentro de los límites específicos de la hominización. Sus códigos genéticos son distintos, sus almas son creadas femenina o masculina, y sus manifestaciones psicológico-morales reflejan su propia metafísica<sup>194</sup>.

Pero no se deben contraponer y sobrevalorar las peculiares cualidades del hombre y de la mujer. Son simplemente diferentes y complementarias. Hombre y mujer tienen una **complementariedad** que es señal a un tiempo de ser complementada, y de don, que ofrece complementación. Esta complementariedad se realiza plenamente -aunque no determinadamente, ya que no se está necesitado de ejercerla-, con una fuerte **conyugalidad**, esto es, en la **unión física, psíquica y espiritual entre hombre y mujer**.

## 2.7. Conyugalidad y dignidad humana

Fecundación<sup>195</sup> significa e implica “activar” un nuevo ser, un nuevo individuo; cuando se trata del hombre, la fecundación es sinónimo de procreación. Ahora bien, este tipo de intervención técnica no puede ser valorado lo mismo que cualquier otro acto fisiológico y técnico (como podría ser, por ejemplo, la diálisis renal, que, al no poder efectuarse dentro del organismo de manera orgánica, se realiza desde fuera artificialmente, sin que este hecho comporte de suyo problemas morales), puesto que la intervención técnica sustitutiva del acto sexual da como resultado la fecundación de una persona.

Se pregunta Mons. CAFFARRA<sup>196</sup> si cualquier modo de dar origen a una persona humana es éticamente digno de ella. La pregunta también puede formularse del siguiente modo. ¿Debe haber

<sup>194</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología teológica...* *ibídem*, pág. 53-54.

<sup>195</sup> Cfr. SGRECCIA, Elio, *Manual de bioética...* *ibídem*, pág. 105 ss.

<sup>196</sup> CAFFARRA, Carlo, *La fecundación in vitro: consideraciones antropológicas y éticas*, en “Revista Diálogo”, (San Rafael, 1994), Vol. VIII, Año 2, segunda época. Edit. del Verbo Encarnado. Págs. 49-63.

una “correspondencia adecuada”<sup>197</sup> entre la persona humana que se quiere llamar a la existencia y el acto con el cual se ponen las condiciones para que la persona sea concebida? La adecuación o inadecuación de la respuesta es medida por el valor objetivo del ser; de su bondad ontológica<sup>198</sup>.

Cuando, haciendo una opción libre, hombre y mujer actúan su complementariedad-conyugalidad, la unión interesa a la **totalidad** de la persona. Cuando se unen, el acto humano sexual involucra al cuerpo y al alma; si falta una de estas dimensiones entonces se trata de una unión humanamente incompleta. Tratándose del don de la persona, cuando es total, no se descompone en “partes” separables, ni en sentido ontológico ni en sentido cronológico. Por tanto, la conyugalidad habla de perennidad<sup>199</sup> del vínculo unitivo y

<sup>197</sup> Se da una “correspondencia adecuada” cuando el hombre responde a los valores con que se relaciona, en el modo debido a la importancia de dicho valor. O, para ser más precisos, según la valía del ser cuyo valor ha sido percibido. Cfr. CAFFARRA, Carlo, *La fecundación in vitro...* *ibídem*, págs. 49-63.

<sup>198</sup> La persona en cuanto tal existe en sí y para sí. Existe en sí, es decir, ella se posee, porque su acto de ser es el acto de ser del espíritu. Por lo tanto, ella no pertenece a nadie. Existe para sí, no puede ser medio para otro fin; ella misma es fin. Si éste es el valor propio del ser personal, entonces la persona debe ser querida en sí misma y por sí misma: este es el único modo de “corresponder adecuadamente” a ella. Es, en otras palabras, el acto con el cual se quiere que la persona sea, porque el que ella sea es un bien, prescindiendo de cualquier otra consideración utilitarista y hedonista: su puro y simple existir es querido. Esto corresponde al **acto de amor**. Sólo el amor es la correspondencia adecuada a la persona: adecuado a su valor específico. Pero lo que caracteriza a la fecundación extracorpórea es que el acto que pone las condiciones para el surgir de una nueva vida humana está separado del acto de unión sexual entre los esposos, que no implica sólo -reiteramos- la unión biológico-genital sino, sobre todo, una unión psicológica y espiritual de las dos personas: una unión a nivel físico, psicológico y espiritual. Esto sólo es posible cuando la persona hace de sí misma **don al otro**, con un acto de amor. Este acto de amor puede dar origen a una nueva vida humana. Puede, no sólo en sentido biológico sino también en sentido ético: este acto es digno -posee una correspondencia adecuada- de dar origen a una persona humana. En la fecundación extracorpórea ocurre que este acto de amor interpersonal es separado del otro acto: del acto con el cual se ponen las condiciones para que surja una nueva vida. Cfr. CAFFARRA, Carlo, *La fecundación in vitro...* *ibídem*, págs. 49-63.

<sup>199</sup> Apréciase, sin embargo, el criterio antinatural -por ser contrario a la perennidad del vínculo- de la RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: “Exigir el vínculo matrimonial a parejas que requieren de técnicas de reproducción asistida, constituye una **inaceptable discriminación en contra de parejas infértiles**... No

esto no sólo por la necesidad de dar un ambiente estable a la prole eventual<sup>200</sup>, sino ante todo, porque se trata del don de la propia persona. Sigue siendo cierto que la persona no agota todo en la sexualidad, pero también lo es que la sexualidad marca, involucra -y por completo- a la totalidad de la persona.

Por eso, cuando la Dra. Claudia NAVARINI<sup>201</sup> advierte que la fecundación artificial consiste para el hombre y la mujer en una

existe consenso en qué se entiende por pareja estable. **Tampoco existen bases para suponer que la estabilidad del pasado pueda proyectarse con seguridad hacia el futuro.** Se estima que bastaría con referirse a parejas infértiles, es decir, parejas heterosexuales que han intentado embarazarse por un período mínimo de un año... **Exigir un período mayor de un año de convivencia para considerar la pareja como estable es una ilusión sin base real**” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano en aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida, (Reñaca, 1995), en [www.redlara.com/esp/publicacoes.asp](http://www.redlara.com/esp/publicacoes.asp)

<sup>200</sup> Según Santo TOMÁS, “es contraria a la ley natural la acción que no se adecue al fin debido, y en el caso de la cópula carnal, el fin que la naturaleza intenta mediante ella es la procreación y educación de la prole; y para que este fin fuese buscado, puso el deleite en el coito: por tanto, quien use de la cópula sexual por el deleite que hay en ella, sin referirlo al fin intentado por la naturaleza, obra contra ella... La emisión del semen debe darse ordenadamente, de modo que no se imposibiliten la generación ni la educación del ser humano que se engendra. Por tanto, si en el acto sexual se intenta evitar la concepción, se desvía tal acto de su fin propio, como se ha dicho. Pero también va contra el fin del hombre que se realice el coito de modo tal que no se obstaculice la generación, pero se impida la conveniente educación. Y en el caso del ser humano la conveniente educación de los hijos requiere del concurso de ambos progenitores... Ahora bien, en la especie humana es manifiesto que la mujer no puede educar ella sola convenientemente la prole, ya que las necesidades de la vida humana son tantas que no pueden ser satisfechas por un solo progenitor. Por consiguiente, es conveniente a la naturaleza humana que el varón conviva con la mujer después de copular con ella, y no se junte indiferentemente con una u otra. Pero, además, no basta la unión temporaria entre los padres, porque en el caso del ser humano el hijo no solamente requiere nutrición del cuerpo, sino también educación en el alma, y ello lo necesitan hasta que maduran. En conclusión, debe haber una comunidad duradera de los progenitores (Contra gent. III, cap. 122.)”. Cit. por HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. III. Historia. Diálogo histórico-crítico con algunas doctrinas iusfilosóficas, en formato digital.

<sup>201</sup> NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale nel Magistero di Giovanni Paolo II (la deshumanización de la fecundación artificial en el Magistero de Juan Pablo II), en “Boletín electrónico Zenit”, 10/04/2005, Códice: ZI05041020, <http://www.zenit.org/article-4413?l=italian/>. Traducción propia.

**modalidad intrínsecamente injusta para engendrar hijos**, una forma de experimentación en el campo reproductivo que tiende a negar la profundidad y el sentido de la procreación, un enésimo atentado a la salud de la familia, origen y fundamento de la vida social, enumera en primer lugar como fundamento de su juicio la **“desnaturalización” de la conyugalidad**. El origen de la persona humana debe ser el resultado de una procreación ligada a la unión no solamente biológica, sino también espiritual de los padres.

Aunque se pudiese evitar la muerte de embriones en el proceso de fecundación extracorpórea, el modo artificial de la concepción sigue siendo indigno de un ser humano<sup>202</sup>, que tiene **derecho a nacer de un acto sexual de sus progenitores**, porque así lo indica la naturaleza humana. La fecundación artificial es indigna desde el momento que la concepción del hijo es ajena a la unión sexual de los progenitores, que se convierten, de este modo, en simples “proveedores” de gametos<sup>203</sup>. Por tanto, la fecundación *in vitro* es intrínsecamente ilícita desde un punto de vista moral, por separar el proceso procreativo del proceso unitivo y humano de los padres, aun cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte de embriones, y por “producir” seres humanos de un modo artificial, es decir, no-natural. Suele además ser gravemente ilícita en sus circunstancias antecedentes (v.gr. obtención del semen por masturbación), concomitantes (v.gr. hábitat inhumano del embrión en la placa de *petri* o en útero alquilado) y consecuentes (v.gr. eliminación o comercialización de los embriones “sobrantes”, reducción embrionaria en embarazos múltiples, congelamiento de embriones supernumerarios, etc.).

## 2.8. Generación o fabricación

Los hijos participan la naturaleza específica de sus padres y semejanza de rasgos individuales, pero su existir personal es distinto y autónomo<sup>204</sup>. En el origen de la persona intervienen secun-

<sup>202</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Ángelus del 31 de julio de 1994, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>203</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Mensaje en ocasión de la Fiesta de la Familia organizada por la diócesis de Roma, 06/02/99, N° 3, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>204</sup> En la descripción clásica de la persona como substancia individual de naturaleza

dariamente los padres; pero con esta gran limitación: el alma y el existir personal vienen directa e inmediatamente de Dios<sup>205</sup>, y sólo de Dios<sup>206</sup>, como ya demostramos desde un punto de vista filosófico.

En el origen del ser humano mediante la unión íntima procreadora de los progenitores, la acción creadora de Dios del alma racional o humana y de su existir autónomo o personal se realiza según su propio modo. Este modo de ser es el de una persona cuyo origen propio es por generación natural por un acto sexual de sus padres.

racional, hay que apreciar, como explicamos, dos cosas: una naturaleza humana o racional, esencialmente compuesta de alma y cuerpo, y un existir independiente y personal. A su condición de naturaleza psico-física humana e individual responden sus atributos de inteligencia y voluntad libre, de conciencia y responsabilidad, de deberes y derechos inalienables, de perfeccionamiento o dignificación y de degeneración. A su condición de subsistencia personal responde su existir intransferible o incomunicable.

<sup>205</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, Victorino, Estudios de antropología teológica... *ibidem*, pág. 164-165.

<sup>206</sup> Es imposible que el alma humana, espiritual e inmortal, derive del alma de los padres por generación orgánica. Sólo puede proceder de Dios por creación inmediata. Al tratarse de un alma racional, dicho acto no se agota en formalizar al cuerpo. ARISTÓTELES afirma: "El intelecto viene de fuera" (ARISTÓTELES, Sobre la generación de los animales, 736b, 23-29, (Madrid, 1994). Edit. Gredos. Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... *ibidem*, págs. 82 ss.), es decir que el alma como principio subsistente es inmaterial, esto es, no es producida por generación, y por tanto requiere de una causa trascendente. Santo TOMÁS lo demuestra del siguiente modo. El principio de la operación intelectual, llamado alma humana, es incorpóreo y subsistente. Es evidente que el hombre por el entendimiento puede conocer las naturalezas de todos los cuerpos. Para conocer una clase de cosas es necesario que en la propia naturaleza no esté contenida ninguna de esas cosas que se va a conocer, pues todo aquello que estuviese contenido naturalmente impediría el conocimiento. Así, pues, si el principio intelectual contuviera la naturaleza de algo corpóreo, no podría conocer todos los cuerpos. Todo cuerpo tiene una naturaleza determinada. Así, pues, es imposible que el principio intelectual sea cuerpo. De manera similar, es imposible que entienda a través del órgano corporal, porque también la naturaleza de aquel órgano le impediría el conocimiento de todo lo corpóreo. Así, pues, el mismo principio intelectual, llamado mente o entendimiento, tiene una operación por sí, independiente del cuerpo. Y nada obra por sí si no es subsistente. Pues no obra más que el ser en acto; por lo mismo, algo obra tal como es. Hay que concluir, por tanto, que el alma humana, llamada entendimiento o mente, es algo incorpóreo y subsistente. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I, q. 75, a. 2. Ver también I, q. 75 a. 5 y 6; q. 118, a.2.

Tan antinatural es el acto sexual intencionalmente frustrado en su finalidad procreativa como la procreación artificial sin acto sexual personal. En este último supuesto se separa la procreación de la unión sexual del hombre y la mujer, y el acto "procreativo" se da a través del "hacer" técnico -como explicaremos más adelante-. Con la fecundación extracorpórea se llega a un ser generable pero que no es generado sino producido o fabricado. Es decir, lo originado es ciertamente un ser humano, por la virtualidad del óvulo y del espermatozoide humanos suministrados y por el alma racional -principio vital- infundida por Dios, pero su originación no ha sido una generación natural.

Por otra parte y a raíz de estas técnicas de producción de seres humanos, ya no es más una persona humana - la mujer- el único lugar en el que puede tener origen la vida humana sino también una probeta, un laboratorio. Y aún más, el origen de la vida humana está conectado con una serie de actos puestos por varias personas, está ligado a la libertad de varias personas (médicos, genetistas, técnicos, etc.), y por tanto, de éstas depende no sólo el poner las condiciones para que surja, sino su mismo surgimiento<sup>207</sup>.

Los medios en la fecundación extracorpórea son técnicos, extraños, no humanos y propios. Interviene la acción extraña del equipo médico con su inanimado instrumental en el momento de la fecundación y de la "crioconservación" que aquella conlleva -como mostraremos más adelante-, posible utilización de útero incubador (alquiler de vientres) y la eliminación de los embriones "sobrantes".

No todo lo que es técnicamente posible, es, por esa sola razón, moralmente admisible. El hecho de que la técnica biológica de reproducción artificial esté llegando a unos resultados asombrosos, no debe inducir al "mito del progreso científico"<sup>208</sup> como valor supremo de humanización. Quizás sean estas técnicas de fecundación extracorpórea las técnicas **más deshumanizadoras** que

<sup>207</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

<sup>208</sup> Este mito sostiene que todos los progresos científicos, por serlo, son sin más moralmente válidos.

existen.

A modo de ejemplo de esta deshumanización, citamos la práctica médica inglesa de **utilizar óvulos de fetos abortados para fecundar a mujeres estériles** –un embrión de cinco meses de gestación contiene cinco millones de óvulos-, así como óvulos extraídos de cadáveres femeninos. ¿Qué efecto puede tener en una persona el saber que es genéticamente hijo de un embrión abortado o de una mujer que, en el momento de su concepción, estaba muerta?<sup>209</sup>

Un ser digno -como lo es la persona humana, subsistente racional-, merece un advenimiento digno, “con correspondencia adecuada”, según la expresión de CAFFARRA<sup>210</sup>. Pero “lo que viene al margen de la naturaleza no es digno ni justo”<sup>211</sup>. No es digno un advenimiento que se produce al margen de la naturaleza humana, pues en ella radica la dignidad personal. El embrión no sólo tiene derecho a nacer, sino también a tener un origen humano, conforme lo indica su naturaleza: por un acto sexual entre un hombre y una mujer.

### 2.8.1. La generación, ¿un obrar o un hacer?

Mediante la utilización de las técnicas de fecundación extracorpórea, el hombre es efecto de un “hacer” humano, y no de un “acto” de dos personas<sup>212</sup>. Así, la vida humana es “producida” por el hombre, entrando en el dominio del hacer, de la técnica. Aho-

<sup>209</sup> Cfr. Prohíben el uso de óvulos fetales para fecundar mujeres estériles: el método había causado gran polémica en Inglaterra, en “Diario Clarín”. 21/06/1994. Edición impresa.

<sup>210</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

<sup>211</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo, I Pol., lect. 3, núm. 57. Cit. por RODRÍGUEZ, Victorino, Estudios de antropología teológica... *ibidem*, pág. 166.

<sup>212</sup> La realización de los dinamismos operativos humanos puede ocurrir de dos modos esencialmente diversos: al primero lo llamaremos “hacer”; al segundo, lo denominaremos “obrar”. Cuando el hombre “hace”, produce alguna cosa exterior, algo diverso de él: ejercita su actividad transeúnte. En efecto, la persona humana “haciendo” pasa -por así decirlo- de sí misma al efecto producido. Cuando el hombre “obra”, no produce nada exterior a sí; su actividad permanece en el sujeto agente. El obrar es la perfección de la persona; vale por sí mismo. Construir una casa es algo diverso que el realizar un acto intelectual: el primero pertenece al “hacer”, el segundo pertenece al “obrar”.

ra bien, la actividad que lleva al surgimiento de una nueva vida humana, ¿puede ser, desde el punto de vista ético, una actividad productiva, un “hacer”?

El “hacer” posee su razonabilidad específica, que es la razonabilidad propia de la técnica. Efectivamente, un hacer es “razonable” cuando: es **eficaz** en su realización, es decir, produce realmente aquello que pretende obtener; es **útil y utilizable**, es decir, el efecto producido vale en la medida en que sirve para alcanzar un objetivo prefijado. La eficacia y la utilidad son los parámetros de la razonabilidad técnica. Por esto, consecuentemente, siempre es **calculable en términos cuantitativos**: tantos tentativos, tantos resultados obtenidos, y de la comparación entre los dos “tantos” nace el juicio de valor del hacer. Esencialmente diversa es la razonabilidad del obrar. Sus parámetros no son aquellos de la eficacia y de la utilidad: son sólo aquellos de la **moralidad**. Por esto, el obrar no es jamás juzgable en términos cuantitativos.

La producción, el “hacer” -a diferencia del obrar-, establece una diversidad axiológica entre quien hace y el efecto producido. Esto es precisamente lo que impide, desde el punto de vista ético, que se pueda dar origen a una nueva persona humana mediante el hacer. Esto se evidencia -según CAFFARRA<sup>213</sup>- en el hecho de que se comienza a hacer un juicio de valor sobre el “producto” del propio hacer: hay embriones producidos *in vitro* que no son implantados si no son sanos; se obra, de este modo, una selección genética. Existe una coherencia y consecuencialidad objetiva entre estos dos órdenes de hechos: una coherencia y consecuencialidad que no permanece sólo en el plano teórico.

### 2.9. Pérdida del sentido del misterio

Por milenios, el origen de la vida humana ha tenido lugar en la **oscuridad**. Hoy puede acaecer a la **luz**, bajo los ojos del hombre. En efecto, el acto fecundante, en la tecnología reproductiva, es el del técnico de laboratorio que “**espía**” las células dentro de la

<sup>213</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

probeta para ver si ha tenido éxito al “producir” un embrión<sup>214</sup>. En efecto, la RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA<sup>215</sup> en 1998, al publicar el Manual de procedimientos para Laboratorios de Reproducción Asistida, establece el “espíar” a los embriones como parte del procedimiento de la fecundación *in vitro*.

Para el embrión, esta exposición primigenia a la luz implicará sin duda un **problema genético**<sup>216</sup>. Pero la reflexión más importante sobre este hecho es **antropológica y ética**: la pérdida del **sentido del misterio**<sup>217</sup> que se verifica cada vez que una persona

<sup>214</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Discurso dirigido a los participantes de la asamblea plenaria de la Pontificia Academia para la Vida, 21/02/04, N° 2, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>215</sup> “**5. INSEMINACION. A. EN CAPSULA ABIERTA**... Dejar la cápsula de inseminación por 15 a 18 hrs. en la incubadora a 37°C y CO2 al 5 %. Este es el tiempo adecuado para **observar los pronúcleos (PN) y comprobar la fecundación**. **1) INSEMINACION BAJO ACEITE MINERAL.** ii) Procedimiento:... Dejar la cápsula de inseminación por 15 a 18 horas en incubadora a 37°C y CO2 al 5 %. **6. EVALUACION DE LA FECUNDACION. B. PROCEDIMIENTO.** 1. **Observar los ovocitos inseminados** a las 15 ó 18 horas post-inseminación. 2. **Comprobar** la total disociación de las células del cúmulo ooforo. 3. **Disociar**, bajo lupa, las células de la corona radiata con ayuda de una pipeta Pasteur estirada en la llama del mechero. La punta de la pipeta debe quedar con un diámetro de ± 150 mm. 4. Con la pipeta Pasteur estirada **succionar y botar repetidamente** el ovocito hasta que la corona se desprenda. 5. **Evaluar** la fecundación **identificando la presencia de 2 pronúcleos (PN)** en el citoplasma del ovocito y de 2 corpúsculo polares en el espacio perivitelino. 6. **Observar los PN con aumento mayor de la lupa**. Para una mejor definición de los PN y de los corpúsculo polares, observar con aumento 20x del microscopio invertido...”. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>216</sup> Por eso se recomienda: “Los embriones deben ser cambiados de medio y la cajita de cultivo no dejada en la lupa, **pues la luz** calienta el medio”. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>217</sup> Podemos partir de la distinción entre “problema” y “misterio”. El “problema” supone una distancia entre el hombre que interroga y el objeto conocido, el “misterio” **implica** al hombre, y al hombre no considerado abstractamente sino en su irrepetible unicidad. El conocimiento, en el primer caso, es impersonal en sus contenidos y los sujetos cognoscentes son entre sí intercambiables. En el segundo caso, en la confrontación con el misterio, el hombre no es llamado a preguntar sino a responder: y nadie puede ser intercambiado. En el primer caso encontramos nuevamente las características fundamentales de la “ciencia moderna”: la intercambiabilidad de los sujetos y la impersonalidad de los contenidos son, efectivamente, los ideales de la ciencia moderna. Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

humana viene a la existencia.

En la metodología practicada por la fecundación extracorpórea, podemos constatar que: es indiferente quien coloca las condiciones del surgir de una nueva vida humana (el técnico); es indiferente quien implanta el embrión obtenido del modo anterior; asimismo se propone que sea intercambiable quien aporta el óvulo, quien dona el semen, quien lleva adelante el embarazo. Entonces el surgir de una nueva vida humana no es un “misterio” que debe acogerse, sino un “problema” por resolver<sup>218</sup>. El acto de amor conyugal es precisamente aquel acto con el que se espera un don que -si es dado- viene recibido con gratitud. Por el contrario, en la fecundación artificial extracorpórea, el acto de quien pone las condiciones para el surgimiento de una nueva vida humana -el acto técnico- no es, en su naturaleza objetiva, un acto de quien espera un don, sino el acto de quien busca, de la manera más eficaz, resolver un problema. Es una racionalidad de eficacia técnica la que es puesta en acto. No es la espera del advenimiento de un misterio que nos trasciende<sup>219</sup>.

## 2.10. El derecho al hijo

“Se pretende justificar la fecundación artificial, basándola en el **supuesto derecho de los padres a engendrar**. No hay tal derecho. Es sólo un **interés legítimo** de los padres... Los esposos tienen derecho al acto conyugal, para lo que se obligan mutuamente al débito; pero nadie les asegura la fecundidad de dichos actos. Un interés legítimo no puede erigirse en derecho. Y mucho menos, en un supuesto derecho que viole la intangibilidad de la vida de muchos seres humanos inocentes. No hay conflicto de derechos; sencillamente, los cónyuges no tienen derecho a acudir a técnicas que “fabriquen” seres humanos”<sup>220</sup>.

El deseo de los padres a tener un hijo es bueno en sí porque res-

<sup>218</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

<sup>219</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, La fecundación in vitro... *ibidem*, págs. 49-63.

<sup>220</sup> SCALA, Jorge, Prólogo del libro de NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro. (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad N° 5. Edit. Promesa. Pág.14.

ponde a la inclinación natural de conservar la especie. Pero el fin bueno no justifica medios malos. No es lícito moralmente, ni aún por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado y, por lo mismo, indigno de la persona humana, aunque con ello se quisiese salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social<sup>221</sup>. “El deseo de un hijo por parte de un matrimonio es ciertamente algo muy bueno. Sin embargo, no todo medio capaz de realizar tal deseo es bueno, y en particular no lo es un medio que de hecho, aunque no en la intención, reduce al hijo a un simple objeto de tal deseo, pretendiendo tener un derecho a ello y buscándolo a cualquier costo”<sup>222</sup>.

No es válida tampoco la apelación a un supuesto “derecho al hijo”, es decir, derecho de los esposos a tener hijos. Por de pronto, el derecho natural es a tener hijos mediante un acto que respete la dignidad de la persona, y, como explicamos anteriormente, los medios artificiales no tienen una “correspondencia adecuada” con ella. En realidad, no existe tal derecho de los padres. El matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación, es decir, el “derecho personal a no sufrir una interferencia injusta siempre y cuando se den determinadas condiciones, entre ellas, que tratándose de la procreación natural otra persona de sexo opuesto y en condiciones de engendrar, esté dispuesta a compartir tales deseos”<sup>223</sup>. Un derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad. Más bien, es el hijo quien tiene derecho a ser fruto de un acto sexual de sus padres<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> Cfr. PABLO VI, *Encíclica Humanae Vitae*, 25/07/68, N° 34, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>222</sup> NAVARINI, Claudia, *La disumanità della fecondazione artificiale...* *ibidem*. Traducción propia.

<sup>223</sup> QUINTANA, Eduardo M., *La fecundación artificial y el lenguaje jurídico...* *ibidem*.

<sup>224</sup> “No existe ningún derecho “sobre” las personas; los derechos se ejercen sobre las cosas pero “en relación” a las personas. En las relaciones interpersonales, determinadas acciones humanas constituyen la materia del derecho. Por ejemplo, entre esposos existe el derecho al débito conyugal, que es una conducta jurídicamente

“Una interesante investigación llevada a cabo en base a encuestas realizadas a genetistas de dieciocho naciones sobre distintas cuestiones atinentes a conflictos éticos ligados con la genética, **ha demostrado las infundadas y excesivas facultades que pretenden poseer los futuros padres que recurren a este tipo de técnicas**. En sus conclusiones se resalta la importancia que los genetistas otorgan a la autonomía del paciente, destacándose que -según la óptica de estos profesionales-, ni el bienestar del niño ni el del feto tienen real significación cuando entra en conflicto con el de los progenitores. Por lo tanto, desde estas perspectivas, **el “paciente” es el padre, quien decide respecto a su eventual hijo**, sin tener en cuenta que dado el actual desarrollo de estas técnicas, aproximadamente el 75% morirán, porcentaje que aumenta sideralmente si se recurre a las técnicas de congelamiento, sin perjuicio además, que a veces la manipulación conduce al descarte de los denominados “embriones no viables”...” (los resaltados son nuestros)<sup>225</sup>.

### 3. Degradación del problema de la esterilidad

La fecundación artificial degrada el problema de la esterilidad. Es un hecho que la misma posibilidad de servirse de la fecundación artificial empuja a muchos a abrazarla presurosamente, a veces sin haber verificado adecuadamente la condición de esterilidad, sin haber profundizado suficientemente métodos de

normada, pero jamás el derecho se extiende “sobre” la otra persona, que de negarse injustificadamente, podrá dar origen a una acción legal de divorcio por injurias, pero nunca al uso de la fuerza... En realidad tal derecho no existe, pues el hijo nunca puede ser el objeto del derecho del padre, por el contrario, como sujeto de derecho que es, su existencia es constitutiva de relaciones jurídicas con respecto a sus progenitores. Estas relaciones entre un padre y un hijo, aun cuando puedan fundarse en la autoridad de los padres, nunca podrán justificar la posibilidad de reducir al hijo a la condición de objeto. Jurídicamente, siempre el sentido de la relación paterno-filial es el bien del hijo, sin perjuicio que establecida normalmente, sea a su vez el bien de los padres. En los casos de separación de estos, la decisión judicial sobre la tenencia, régimen de visitas y cuestiones conexas se establece en beneficio de los hijos y no conforme a los deseos y apetencias de los padres”. QUINTANA, Eduardo M., *La fecundación artificial y el lenguaje jurídico...* *ibidem*.

<sup>225</sup> QUINTANA, Eduardo M., *La fecundación artificial y el lenguaje jurídico...* *ibidem*.



autodiagnóstico de la fertilidad como los llamados “métodos naturales”, y sin haber promovido un estilo de vida que tutele verdaderamente la salud desde el punto de vista reproductivo<sup>226</sup>. “Si realmente queremos evitar la esterilidad, debemos combatir sus causas. Muchas de ellas previsibles y evitables tales como la inflamación pélvica provocada por el aborto, dispositivos intrauterinos y enfermedades de transmisión sexual. Así como agroquímicos que han dejado en nuestro medio miles de hombres estériles”<sup>227</sup>.

<sup>226</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Carta al nuncio apostólico de Polonia en ocasión de la Conferencia Internacional sobre “Conflicto de intereses y su significado en la ciencia y en la medicina”, 25/03/02, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>227</sup> NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, pág. 32. En efecto, “un alto porcentaje de la población en edad de concebir experimenta problemas de fertilidad. La SOCIEDAD ARGENTINA DE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD indica que la estadística del 15 % va en ascenso a un 20 %. Las causas son varias, desde el estrés, pasando por causas psicofísicas del aparato genital en hombre o mujer, la exposición a toxinas ambientales, anorexia y bulimia, desnutrición, drogadicción, entre otras, según informes de FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y PSICOLÓGICA” (GIUSTI, Silvia E., Fundamentos del proyecto S-1153/07, Iniciado en Senado de la Nación Argentina. Expediente N° 1153-S-2007. En “Diario de Asuntos Entrados” n° 54, 04/05/2007. [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)). Por otra parte, cabe mencionar que “en América Latina se estima que se realizan 4 millones de abortos clandestinos por año. Tales abortos constituyen gran parte de las causas de los problemas de infertilidad de la región. ... la gran cantidad de enfermedades de transmisión sexual (ETS) constituye una de las causas más importante de infertilidad secundaria, por ej. la gonorrea no tratada. ... Una investigación en Brasil muestra que el 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubaria debido a las infecciones del tracto reproductivo. En Argentina, Brasil y Chile no se hace un testeo regular de clamidia, inflamación de las trompas de Falopio sin síntomas, que sin tratamiento puede llevar a la infertilidad femenina. América Latina como África comparten altos índices de infertilidad secundaria, a diferencia de Europa y Estados Unidos. En América Latina se calcula el 40% de infertilidad secundaria”. (LUNA, F.; SALLES, A., Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos, (Buenos Aires, 2008). Edit. Fondo de Cultura Económica. Cit. por AUGSBURGER, Silvia; BISUTTI, Delia B.; FEIN, Mónica H.; PERALTA, Fabián F.; SESMA, Laura J.; STORNI, SILVIA, Fundamentos del Proyecto de ley sobre fecundación artificial, Expediente N° 0680-D-2009, trámite parlamentario 008 (11/03/2009). [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)). Otro estudio muestra que “Existen varios factores que pueden llegar a afectar la fertilidad en los hombres. Tales factores se asocian tanto con causas psicológicas como físicas. Dentro de las físicas, podemos contar una que no sólo afecta la fertilidad, sino también múltiples ámbitos de nuestra salud: el tabaco. Y es que el fumar no sólo tiene consecuencias negativas en la fecundidad de los hombres sino en todo nuestro organismo. Pero concretamente, en lo que respecta a la fertilidad, **el tabaco daña la calidad del esperma de los hombres**, además de que la nicotina y algunos

“Muchas causas son tratables, lo cual no sólo es necesario para solucionar el problema de infertilidad sino que en muchos casos es relevante para la salud general del paciente y para asesorar acerca de riesgos para descendencia con trastornos cromosómicos o genéticos hereditarios surgidos de la misma causa que ocasiona la infertilidad parental... Dichas técnicas se consideran solución a un problema “por otros medios insoluble”, aún cuando no se haya profundizado la búsqueda de la causa de la infertilidad. Es decir, se “tratan” parejas, con procedimientos que implican riesgos de daños iatrogénicos (*mala praxis*) a las mujeres consultantes y a sus embriones, sin conocer a ciencia cierta cuál es la causa y sin saber si tiene alguna otra implicancia más general en la salud materna o embrionaria”<sup>228</sup>.

Por otra parte, cabe preguntarse hasta qué punto el acto “médico” en la fecundación extracorpórea -la intervención del médico o del biólogo- tiene un carácter “terapéutico” –ya que quienes son estériles no son curados por medio de estas técnicas, sino que las mismas directamente sustituyen el acto sexual conyugal. Al final del proceso el matrimonio o pareja seguirá siendo estéril. Curar significa eliminar obstáculos, ayudar a los procesos; no quiere decir sustituir el proceso natural en lo que es propio de él, exclusivo e inalienable, ya que está en juego en el caso, reiteramos, la vida y dignidad humanas.

Finalmente, debemos denunciar el sufrimiento moral que conlleva la mayoría de las veces para quienes desean ser padres, el someterse a estas técnicas, y que quienes las promueven o realizan ocultan<sup>229</sup>.

tóxicos más que se encuentran en los cigarrillos llevan a que el ADN del espermatozoide se fragmente, lesionándose el **material genético** del esperma, lo cual lleva a que la fecundación sea muy complicada. A parte de los problemas a los que lleva el tabaco dentro de la **fertilidad**, hay otros problemas en la salud. Estos son de diversos tipos: cardíacos, pulmonares, y más generalizados, cancerígenos”. El consumo de tabaco disminuye la fertilidad masculina al afectar a la calidad de los espermatozoides, 29/05/09. En <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/el-tabaco-afecta-la-fertilidad-y-a-toda-la-salud-en-general/>

<sup>228</sup> MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial... *ibidem*.

<sup>229</sup> El doctor Carlo BELLINI se hace eco -en el diario italiano “Il Foglio”, edición del 17 de junio de 2006- de un análisis aparecido dos días antes en el semanario francés “Le

#### 4. Muerte de embriones<sup>230</sup>

Pero lo más dramático en la fecundación artificial es sin duda la **muerte inevitable** de embriones humanos que conlleva<sup>231</sup>. Tales muertes no pueden asimilarse a la pérdida de embarazos naturales, pues en estos casos no hay intervención tecnológica que pueda hacerlas reprochables al hombre<sup>232</sup>.

Se pueden citar algunos ejemplos: el porcentaje de embarazos ectópicos aumenta en un 100% cuando se utiliza la técnica ICSI<sup>233</sup>

Nouvel Observateur”: “Se investiga a los 130.000 embriones congelados [en Francia] y a sus padres, apunta el neonatólogo del Departamento de Terapia Intensiva Neonatal del Policlínico Universitario “Le Scotte” de Siena (Italia). La psiquiatra Muriel FLIS-TRÈVES explica que estos embriones de más son para todos “fuente de fantasmas conscientes o inconscientes... “Pero se alcanza el drama cuando los propios padres son llamados a decidir si se deja destruir sus embriones, ya inútiles porque con otros se ha logrado el embarazo”, advierte el doctor BELLINI. Los padres reciben un cuestionario para decidir qué hacer: “¿Desean continuar la crioconservación? ¿Tienen aún un proyecto parental?”. “Mientras se pueda rellenar la casilla con el sí, todo va bien, de otra manera hay un agujero negro. Algunos saben que para ellos la aventura ha concluido, pero siguen marcando la casilla con el sí mecánicamente. Otros no responden [...] tal vez porque no saben qué contestar. Para algunos sería sencillo: es sólo un amasijo de células... -ironiza el doctor BELLINI- pero he aquí que el pequeño que juega con el trencito en el salón también era un embrión. Un afortunado. Allí quedan los hermanos y hermanas en potencia... Ha saltado la alarma en el extranjero... los embriones son “hijos”; tal vez no serán niños, pero tienen padres. ¿Será entonces posible disponer de ellos sin el permiso de aquellos? ¿Y será de verdad indoloro para los adultos haber permitido experimentos sobre el minúsculo fruto de sus gametos?”. Un amasijo de células con dos padres que deben poner una X. Se evidencia el sentimiento paterno ante los embriones “sobrantes”, constata un especialista: El doctor Carlo Bellini se hace eco de una investigación de “Le Nouvel Observateur”, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS06062710, www.zenit.org

<sup>230</sup> Nótese que la mayor parte de la información que consignaremos en este punto proviene de los mismos centros de fertilización extracorpórea.

<sup>231</sup> La encíclica *Evangelium Vitae* desenmascaraba el verdadero rostro de la fecundación artificial, afirmando que aún las diversas técnicas de reproducción artificial, que parecerían estar al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad abren la puerta a nuevos atentados contra la vida. Cfr. JUAN PABLO II, *Encíclica Evangelium Vitae... ibidem*, N° 14.

<sup>232</sup> MORELLI Mariano, *Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro (Reflexiones iusfilosóficas)*, en “Boletín de Bioderecho VII”, en “El Derecho”, 18/11/09, pág. 13.

<sup>233</sup> “Embarazo tubario: Es la implantación del embrión en la trompa. Este diagnóstico se puede hacer alrededor de 21 días después de la transferencia embrionaria, cuando por ecografía se puede ver el saco gestacional. Esta complicación ocurre en la

respecto de los embarazos normales. La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que nuclea a los Centros de fecundación artificial de América Hispana, recomienda la “resolución inmediata” de estos embarazos, lo que significa la muerte provocada del embrión. Por otra parte, la tasa de abortos “espontáneos”<sup>234</sup> es mayor en el caso de embarazos provenientes de fecundaciones artificiales extracorpóreas respecto de embarazos naturales<sup>235</sup>.

población general en alrededor del 1 - 2% de los casos y en los ciclos de ICSI esta incidencia **aumenta a 4%**... Si el diagnóstico es de certeza, **éste debe ser resuelto de inmediato**, ya sea a través de cirugía por laparoscopia o en ciertos casos mediante la administración de un quimioterápico (Metotrexato). Éste, inhibe la multiplicación celular del embrión, con lo que disminuye el riesgo de ruptura tubaria” (los resaltados son nuestros). BORRERO, Claudia, *Editorial de noviembre de 2009*, en “Red Latinoamericana de Reproducción Asistida”, <http://www.redlara.com/>

<sup>234</sup> El artículo de donde extrajimos estas estadísticas considera que el término aborto espontáneo, se refiere a un embarazo que termina espontáneamente antes de la viabilidad. La OMS, lo define como la expulsión de un embrión o feto cuyo peso es menor a 500 g. Generalmente, este peso corresponde a las 20 - 22 semanas de gestación. Es la complicación más frecuente del embarazo inicial. Cfr. ESTEBENI BALTRA, E.; DE MAYO, Tomás G.; ROJAS, María de los Á.; ARRAZTOA, José A., *Tiempo recomendado para una nueva concepción post aborto espontáneo*, en “Revista chilena de obstetricia y ginecología”, Vol.73, N° 2, (Santiago, 2008). Formato digital. “Roberto L. ANDORNO, para negar el carácter de “espontáneos” a estos abortos, señala que “hay una voluntad humana detrás de ellos, que aunque en forma indirecta, los ha provocado. Los abortos naturales son sufridos por el hombre como un hecho de la naturaleza, no pudiendo hacer nada frente a ellos. Los abortos de la FIVET, en cambio, si bien no directamente, pero son queridos en cuanto absolutamente previsibles, y frente a ellos el hombre es libre: puede usar o rechazar el procedimiento”...”. ANDORNO, Roberto, *El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)*, en “El Derecho”, 131-909. Cit. por RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *La fecundación artificial en el Congreso*, en “El Derecho”, 174-929.

<sup>235</sup> En estos últimos casos “aproximadamente el **20%** de los embarazos presentará algún sangrado antes de las 20 semanas, y alrededor de **la mitad de éstos terminará como un aborto espontáneo**. Se estima que 8 a 20% de los embarazos clínicamente reconocidos bajo las 20 semanas de gestación terminarán en un aborto espontáneo; 80% de éstos ocurrirá antes de las 12 semanas”... “Mientras que “la tasa de aborto, en pacientes con criopreservación, es un 16%, en ICSI, un 17% y en FIV, un 14%” (los resaltados son nuestros). Cfr. POMMER T., Ricardo; ARGUELLO B., Begoña; DÍAZ-FONTEVILLA, Marina; MARTÍNEZ, Claudia; FUENTES G., Ariel; FURMAN, Irene; PALOMINO, Alberto; SOTO R., Emiliano; SOVINO, Hugo; DEVOTO C., Luigi, *Criopreservación de pronúcleos: rol en el programa de fertilización asistida*, en “Revista chilena de obstetricia y ginecología”, Vol. 68, N° 4 (Santiago de Chile, 2003).

#### 4.1. Estadísticas sobre el éxito de las técnicas

Las estadísticas antes citadas se refieren a la pérdida de embriones **transferidos** al útero materno, que han **anidado**, pero no reflejan los porcentajes de niños concebidos artificialmente y muertos fuera del vientre de la mujer.

El éxito de las técnicas de procreación artificial ronda el 13,9% (según el estudio más completo realizado, publicado en revista Médica "The Lancet", 23/09/96), transfiriendo 3 embriones, lo que nos da un **éxito del 4,5% por cada embrión**, o una **mortalidad de 95,5%**<sup>236</sup>. Estudios anteriores arrojan similares resultados<sup>237</sup>.

Si bien la SOCIEDAD EUROPEA DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y EMBRIOLOGÍA (ESHRE), en 1999, reporta que en Europa se realizaron el 60% de todos los tratamientos de reproducción asistida del mundo y que obtuvo una tasa de éxito de 27,7% de embarazos por ciclo, y que para conseguir un embarazo hubo que transferir una media de 7,8 embriones, existiendo una **pérdida de embriones del 89%**<sup>238</sup>, estas estadísticas **no toman en cuenta los**

<sup>236</sup> MORELLI Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro... *ibidem*, pág. 13.

<sup>237</sup> En el IV Congreso Mundial sobre Fecundación *in vitro*, celebrado en Melbourne, Australia, en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre el año 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30.000 tentativas de fecundación *in vitro* con transferencia del concebido –previamente se ha realizado descarte de “embriones inviábiles”; de ellas nacieron 2.300 niños. La “tasa de éxito global” se sitúa entre el 5% y el 10% **respecto a las tentativas** (Cit. por NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, págs. 46-47). Otras cifras importantes se dieron en el Congreso de Helsinki a finales de 1985 y que fueron obtenidos a través de una encuesta entre centros especializados. “De los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7.985, de los cuales se perdieron 6.624 y resultaron operativos 1.369 embarazos. Sobre este número se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos”. SANTOS RUIZ, Ángel, Instrumentación genética... *ibidem*, pág. 74.

<sup>238</sup> Pero si se comparan los embarazos no con los ciclos realizados, sino con el número de embriones **transferidos** en todos los ciclos, la tasa de éxito es mucho menor. En efecto, para conseguir un embarazo hubo que transferir una media de 7,8 embriones, lo que se traduce en una tasa de éxito del **12,8%**. En España, el tercer país europeo -después de Ucrania y Hungría- donde más embriones se transfieren en cada tratamiento, hicieron falta, por término medio, 10,2 embriones para obtener un embarazo (o sea, 9,8 embarazos por 100 embriones transferidos). III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999.

**embriones desechados o muertos o no transferidos o congelados**. En efecto, en cada ciclo se suelen obtener varios embriones más que **no son transferidos**, sino desechados o congelados; si se los contara -cosa que no hace este informe de la ESHRE-, resultaría un **rendimiento de la FIVET en torno a 4-8 nacimientos por 100 embriones creados**, dependiendo de cuántos embriones congelados se lograra implantar luego con éxito<sup>239</sup>. Datos del 2009 proyectan resultados análogos<sup>240</sup>.

Si se comparan los embarazos no con los ciclos realizados, sino con el número de embriones transferidos en **todos** los ciclos, la tasa de éxito es mucho menor. En efecto, para conseguir un embarazo hubo que transferir una media de 7,8 embriones, lo que se traduce en una tasa de éxito del **12,8%**. En España, el tercer país europeo -después de Ucrania y Hungría- donde más embriones se transfieren en cada tratamiento, hicieron falta, por término medio, 10,2 embriones para obtener un embarazo (o sea, 9,8 embarazos por 100 embriones transferidos)<sup>241</sup>.

Refiriéndose a la fecundación *in vitro*, el Dr. NAVARRO DEL VALLE<sup>242</sup> cita la siguiente estadística: “La probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetida las veces que sean necesarias, es de un 20%. Por una pareja que tiene un hijo, cuatro viven el duelo de la pérdida de los embriones que le fueron

Cit. por NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale... *ibidem*. Traducción propia.

<sup>239</sup> La reproducción asistida en cifras... *ibidem*.

<sup>240</sup> “En la fecundación in vitro, después de seis ciclos de tratamiento el índice de nacimientos osciló entre el 51 % y el 72 %, pero entre las mujeres de más de 40 años, estos índices oscilaron entre 23 % y 42 % (New England Journal of Medicine 360; 236-243, 2009). Es decir, aún tras cinco intentos, algo realmente costoso y peligroso para la mujer, el índice de nacimientos no superó el 72 %, siendo en algunos casos menor del 52 %; pero en las mujeres mayores de 40 años, circunstancia muy frecuente hoy día, en algunos caos, después de seis intentos, el índice fue tan bajo como el 23%”. Informe, en “Provida Press” N° 321, del 31/09/09. Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida. Pág. 14.

<sup>241</sup> III Informe ESHRE, relativo a los datos europeos de 1999. Cit. por NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale... *ibidem*. Traducción propia.

<sup>242</sup> NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, pág. 30.

transferidos. **Por cada 24 embriones que se implantan se obtiene un niño vivo.** El alto riesgo al cual se somete a estos seres humanos es desproporcionado; para complacer el deseo de un niño, se requiere de la muerte de veintitrés seres humanos” (los resaltados son nuestros).

#### 4.2. Muerte de embriones por selección embrionaria

La estadística citada en el párrafo anterior se refiere a embriones transferidos luego de una **selección embrionaria** que ha descartado a los “defectuosos”<sup>243</sup> y que, posiblemente a los “sobrantes” –los cuales, aunque “sanos”, no se transfieren para evitar embarazos múltiples-. Esta afirmación se basa en literatura “científica” que emiten los mismos médicos que realizan estas técnicas: “Ha sido práctica clínica regular el transferir primero los *concepti morfológicamente mejores*”<sup>244</sup> (los resaltados son nuestros). La selección de los “morfológicamente mejores”<sup>245</sup> se realiza, entre

<sup>243</sup> La RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, al publicar el Manual de procedimientos, reconoce en el punto 6. EVALUACION DE LA FECUNDACION, C. ANORMALIDADES DE LA FECUNDACIÓN: “Como resultado de la fecundación *in vitro*, es posible encontrar cigotos con un número anormal de PN (pronúcleos): i) PRONÚCLEO ÚNICO. Este fenómeno se puede deber a: a) Asincronía en la aparición de los pronúcleos; b) No desarrollo del PN materno o paterno; c) Activación del ovocito debido a una breve exposición a temperaturas por sobre los 37°C, o a un repentino cambio osmótico. Ambos problemas pueden inducir a una ruptura precoz de los gránulos corticales con la consiguiente reacción de zona y la imposibilidad de penetración espermática. Estos cigotos pueden clivar y dar origen a embriones anormales, la mayoría de ellos inviábiles pero con riesgo potencial de dar lugar a un embarazo molar, corioncarcinoma, aborto espontáneo o mortinato. ii) POLIPLOIDÍA: Formación de 3 ó más PN, lo cual se debe a: a) Falla en el bloqueo de la polispermia (generalmente sucede en ovocitos post-maduros); b) Retención del 2° corpúsculo polar; c) Fecundación del ovocito por un espermatozoide binucleado o a la fecundación de un ovocito binucleado. Estos cigotos pueden dar origen a embriones morfológicamente normales, pero no viables”. Cfr. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos. . . *ibidem*.

<sup>244</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano. . . *ibidem*.

<sup>245</sup> Puede verse una descripción de los criterios de selección en PETERSEN, FERREIRA, BARUFFI, FRANCO, Early embryo selection after ICSI: What are the best criteria?, (Selección temprana posterior a la ICSI: ¿cuáles son los mejores criterios?) en Reproductive Technologies, Vol. 10, number, 2, pag. 93, cit.

otros criterios de selección, mediante el Diagnóstico genético preimplantacional<sup>246</sup>. Sin subterfugios lo admite el médico argentino PASQUALINI: “Diagnóstico preimplantacional: El DGP ofrece a las familias con alto de riesgo de descendencia afectada por enfermedades genéticas una opción diagnóstica temprana, que permite **evitar la interrupción electiva del embarazo** debida a la presencia de afección fetal. Así mismo incrementa la probabilidad de éxito en la implantación y el logro del embarazo, al transferirse al útero los embriones **no afectados** por la enfermedad genética para

por LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, Técnicas de procreación humana: propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida, en “El Derecho”, 219-58.

<sup>246</sup> La RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA explica en su Manual: “El PGD es una alternativa de diagnóstico prenatal para **identificar anomalías génicas y cromosómicas antes de la implantación o concepción del embrión**. Se la conoce con su sigla PGD del inglés *Preimplantational Genetics Diagnosis*. . . El PGD involucra la extracción de una o dos blastómeras del preembrión con ayuda de un microscopio micromanipulativo... Debido a que **aproximadamente el 40% de los huevos fecundados quedan detenidos antes del 3er día**, no es aconsejable realizar la biopsia embrionaria antes de ese día, y solamente en aquellos que han alcanzado el desarrollo de 8 células, **para asegurarse que el estudio se realiza en embriones viables**, ya que más del 80% de los pre-embriónes que han alcanzado las 8 células al tercer día, prosiguen su desarrollo hasta blastocisto. De esta manera los pre-embriónes **diagnosticados como normales** que alcanzan el estado de blastocisto son potencialmente implantables. . . **Solamente son transferidos los embriones viables libres de la posible afección de padecer por tener más riesgo para esa enfermedad en particular**. . . Por lo tanto, el PGD **no asegura el nacimiento normal de un bebé sino que minimiza la posibilidad de afección** para la cual realmente tiene mayor riesgo de que ocurra. . . Las principales ventajas del PGD son: - La **mayor chance para tener niños libre de la afección que los aqueja**. - Evitar a la pareja la **angustia de tener que decidir entre conservar o abortar un feto anormal**, ya que el estudio se realiza antes de la concepción, a diferencia del diagnóstico genético prenatal convencional que se realiza entre el primer y segundo trimestre del embarazo. - La **disminución de la incidencia de muchas enfermedades genéticas si se extendieran más estos estudios**. - La **reducción significativa en los costos médicos**. - **Evitar el desgaste emocional de tener un hijo minusválido**. . . La experiencia mundial registrada en más de 3.000 ciclos de PGD nos demuestra que el procedimiento es bastante eficiente, con una tasa de embarazo evolutivo promedio del 19% y una certeza diagnóstica de más del 90% o aún más alta en determinados estudios genéticos. El **porcentaje de error del 10%** incluye tanto a los resultados falsamente positivos y negativos que pueden ocurrir” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos. . . *ibidem*.

la que se encuentra en riesgo la pareja consultante<sup>247</sup>.

En la actualidad, el DGP se efectúa mediante programas informáticos, quizá para acallar las conciencias de los profesionales que intervienen en las técnicas<sup>248</sup>.

En España, donde la legislación que regula estas técnicas de fecundación artificial extracorpórea es muy permisiva -como mostraremos en el capítulo VI-, la selección embrionaria no es una práctica encubierta sino autorizada por organismos gubernamen-

<sup>247</sup> PASQUALINI, Sergio, Técnicas de fertilización, (08/09/04) Instituto Médico Halitus, en <http://www.halitus.com/home/nota.php?idMenuOn=5&idNoticia=320>

<sup>248</sup> “Un grupo de investigadores de la Universidad del País Vasco (UPV-EHU) se plantea el uso de clasificadores matemáticos para ayudar a los embriólogos a seleccionar los embriones óptimos en tratamiento de fecundación *in vitro*. Según Dinora A. MORALES, del Intelligent Systems Group de la UPV-EHU, “Hasta ahora los expertos que trabajan en la fertilización *in vitro* seleccionan a los mejores embriones de una forma subjetiva, a partir de su formación y su experiencia”. En una primera investigación, publicada en la revista Computer Methods and Programs in Biomedicine, los científicos presentan un **sistema inteligente de apoyo a los tratamiento de infertilidad**. Para ello se han analizado 63 casos del programa de fertilidad de la Clínica del Pilar de San Sebastián (Guipúzcoa), y han analizado la evolución de tríos de embriones. Los investigadores, para elaborar el estudio, se centraron en los datos del historial clínico de las parejas con problemas de fertilidad (edad, tipo de infertilidad, calidad del esperma, etc.), así como en las **características morfológicas del cigoto** (célula resultante de la fusión de los dos gametos) **y de los embriones**. A partir de las imágenes tomadas con el microscopio los científicos midieron y clasificaron los cigotos y los embriones, así como las blastómeras (células del embrión), su grado de fragmentación o el grosor de la zona pelúcida, una membrana que rodea el embrión. Toda esta información se procesó con **clasificadores matemáticos bayesianos**, denominados así por aplicar las reglas de Bayes, que permiten **calcular la probabilidad de que un embrión llegue a implantarse en el útero de la mujer si fuera transferido**... Este equipo de investigación ha realizado un segundo estudio, publicado en la revista Computers in Biology and Medicine, para comprobar la eficacia de distintos clasificadores Bayesianos como herramienta para elegir al mejor embrión. Para este segundo estudio, los investigadores han analizado 249 fotografías de embriones de la base de datos del Centro Génesis de Roma (Italia), y han comprobado que el **clasificador denominado wrapper-TAN consigue una tasa de acierto superior al 90%**. Las próximas líneas de trabajo del equipo se centrarán tanto en perfeccionar estas técnicas de selección del mejor embrión en tratamiento de infertilidad, como en la predicción de los embarazos múltiples, por el riesgo que suponen para las mujeres”. Un sistema matemático ayuda a seleccionar los embriones óptimos en tratamientos de fecundación in vitro, en “Reproducción Asistida”. 23/02/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/un-sistema-matematico-ayuda-a-seleccionar-los-embriones-optimos-en-tratamientos-de-fecundacion-in-vitro/>

tales<sup>249</sup>. Así, se han llegado a permitir las fecundaciones artificiales extracorpóreas “terapéuticas” para terceros<sup>250</sup>, y ya se han producido los primeros nacimientos<sup>251</sup>, a costa de muchos otros

<sup>249</sup> En efecto, “Analizando diversos **casos de cáncer hereditario** en España, la Comisión Nacional de reproducción asistida ha declarado como válida la selección de embriones a través del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) tras la realización de una fecundación *in vitro* a la madre en tratamiento de reproducción asistida. De esta forma se garantizaría que los niños que nacieran de esta selección no tuvieran en su cadena genética a los temidos BRCA 1 y BRCA 2 que son los genes que predisponen a nuestro cuerpo a desarrollar cáncer en las glándulas mamarias; además del MEN-2A que provoca cáncer en zonas múltiples. El primer caso en el que se aplicaría esta nueva norma sería el de una pareja que realizó la petición para evitar tener un bebé con **alteraciones genéticas** provocados por los genes antes mencionados ya que en su historial familiar son diversos los casos de neoplasia que han derivado en muerte”. Sanidad aprueba la selección de embriones mediante el diagnóstico genético preimplantacional en casos de cáncer hereditario, en “Reproducción Asistida”. 22/04/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/sanidad-estudia-aprobar-la-seleccion-de-embriones-para-evitar-algunos-tipos-de-cancer-hereditario/>

<sup>250</sup> “Desde la aprobación de la Ley de Reproducción Asistida de 2006 en España **46 familias han pedido permiso a Sanidad para concebir un hijo sano y compatible con su hermano**. De estas, de momento solo **nueve han sido aprobadas** por la Comisión Nacional de reproducción asistida. Tras el **éxito del tratamiento de Javier**, un niño de 7 años que sufría una enfermedad hereditaria, la beta Talasemia mayor, al utilizar la sangre del cordón umbilical de su hermano, nacido en octubre, han aumentado las expectativas para muchas otras familias. Se trata del **primer trasplante en España de sangre de cordón umbilical procedente de un donante nacido tras un diagnóstico genético preimplantacional (DGP)**... Las solicitudes van dirigidas a la **aplicación de la técnica del DGP** (autorizada en España desde la aprobación de la Ley de reproducción asistida de 2006) **para combatir enfermedades genéticas** como la Beta-Talasemia mayor (anemia severa congénita), anemia de Fanconi, leucemia y cáncer, entre otras patologías... Científicamente el **porcentaje de éxito también es reducido**. Sólo un **15% de las parejas logran un embrión sano y sólo el 5-10% uno compatible totalmente con su otro hijo**”. 46 familias han solicitado a Sanidad un diagnóstico genético preimplantacional para concebir un hijo sano y compatible con su hermano, en “Reproducción Asistida”. 13/03/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/46-familias-han-solicitado-a-sanidad-un-diagnostico-genetico-preimplantacional-para-concebir-un-hijo-sano-y-compatible-con-su-hermano/>

<sup>251</sup> Estos “casos” tienen nombre y apellido, pues se trata de personas: “Andrés, de 7 años, sufría una **enfermedad hereditaria**, y hasta ahora incurable, denominada **beta talasemia mayor** (anemia severa congénita), que obligaba a quienes la padecen a someterse a continuas transfusiones sanguíneas... Sus padres querían tener un nuevo hijo y, además, querían que pudiera ayudar a su hermano. Después de que la Comisión Nacional de Reproducción Asistida emitiera un informe favorable para

niños que han sido condenados a morir.

Cabe destacar, respecto de los embriones que sobreviven a la “selección”, que, aunque lleguen a nacer, se ha vulnerado gravemente su dignidad personal, a la que nos hemos referido en este mismo capítulo. En efecto, “cuando se “producen” varios embriones con la perspectiva de elegir el mejor, los embriones no son queridos en sí mismos; son queridos en cuanto detentan cualidades de idoneidad que agradan a quienes quieren tener no “ese embrión”, sino “un embrión”. No se trata de un amor puro e incondicionado, ya que primero se observa cada embrión, y el que aprueba el control de calidad, recién allí -a partir de ese momento y no antes-, es “objeto” de amor; y decimos “objeto de amor” y no “sujeto”, porque ese amor, más que amar a otro, refleja una variante del amor propio muy semejante a los celos: amarse a sí mismo en otro (no se trata de querer al hijo, se trata de querer un hijo).”<sup>252</sup>.

### 4.3. Muerte de embriones por congelamiento

“Una vez estén todos los embriones colocados en la cámara, iniciar el programa presionando el botón *RUN* en el panel del computador”<sup>253</sup>. Esta es la última de las instrucciones que se dan

iniciar el proceso, se sometieron a una fecundación *in vitro* y realizaron un **diagnóstico genético preimplantacional** (DGP) a los embriones **para seleccionar genéticamente a aquellos que no llevaran los genes de la enfermedad**. Javier nació el pasado mes de octubre, con la esperanza de poder dar a su hermano Andrés una oportunidad para seguir con vida. Es el **primer bebé cuyo proceso de gestación y tratamiento genético se ha desarrollado íntegramente en España**. Dado que Javier fue **seleccionado genéticamente para no sufrir la grave enfermedad** hereditaria, la **sangre de su cordón umbilical** ha podido utilizarse para realizar un trasplante de médula a su hermano y que éste pueda fabricar células sanguíneas libres del trastorno”. **El primer bebé nacido en España que cura a su hermano tras ser seleccionado genéticamente**, en “Reproducción Asistida”. 13/03/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/cuerpo-humano/embarazada/el-primer-bebe-nacido-en-espana-que-cura-a-su-hermano-tras-ser-seleccionado-geneticamente/>

<sup>252</sup> CHIESA, Pedro J.M., El estatuto biológico-moral de la procreación humana, y las denominadas técnicas de reproducción artificial, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma.

<sup>253</sup> MARELLO, Ellen; con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country (Bo-

a los técnicos de los laboratorios para proceder a congelar los embriones. Simplemente apretando un botón se congelan vidas humanas, muchas de las cuales no sobrevivirán al descongelamiento.

Cabe en primer lugar denunciar este sofisma -lingüísticamente expresado mediante términos eufemísticos tales como la denominada “crioconservación” o “criopreservación” de embriones-, “procedimiento que no sólo implica demorar arbitrariamente la gestación del embrión y someterlo al alea de una decisión posterior sobre su implante librándola a la voluntad o destino de los padres (estos pueden morir o divorciarse, como tantas veces ha sucedido) sino que significa la muerte de la inmensa mayoría de ellos. El procedimiento significa el congelamiento en nitrógeno líquido a una temperatura mayor a los 190° bajo cero y su finalidad es impedir su desarrollo. Como explican los expertos en el tema, lo que sucede al bajar la temperatura es parar no totalmente pero si fuertemente los movimiento de los átomos y las moléculas, con lo cual prácticamente se logra detener el tiempo ya que este es el flujo de la agitación de las moléculas”<sup>254</sup>. Estas expresiones tan inapropiadas “no son más que aberraciones semánticas que tratan de ocultar la auténtica realidad de “vidas congeladas”, que es como correspondería denominar a estos seres humanos huérfanos e indefensos, dormidos frente a la vida y a los que se les pone fecha de caducidad y se les instala en una especie de corredor de la muerte, por medio de su disgregación”<sup>255</sup>.

Un estudio realizado en Francia sobre transferencias embrionarias -involucrando miles de casos- ha permitido concluir que la gestación por embrión es menor con embriones criopreservados (7.3%) que en embriones frescos (9.2%)<sup>256</sup>. Se ha observado

gotá, Colombia), FECUNDITAS (Buenos Aires, Argentina), FERTILITAT (Porto Alegre, Brasil), Primer taller de criopreservación de embriones... *ibidem*.

<sup>254</sup> QUINTANA, Eduardo M., Sofismas y eufemismos... *ibidem*.

<sup>255</sup> JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás, La vida humana: singularidad genética de principio a fin, material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas, 2008.

<sup>256</sup> Cfr. Bilan des transferts d'embryons congelés de 1987 à 1994. Contraception, Fertilité, Sexualité, “FIVNAT” (1996) 14, 700-705. Cit. por LÓPEZ MORATALLA, Natalia,

que el **daño** experimentado por los embriones como resultado de la congelación-descongelación es del orden del **30%**<sup>257</sup>. Otros embriones mueren por la crioconservación indefinida, “proceso necesariamente de deterioro irreversible”<sup>258</sup>. Posiblemente sólo un porcentaje, y no muy alto, de los embriones que se ha congelado siguen estando vivos. Se desconoce el efecto del paso del tiempo de crioconservación<sup>259</sup>.

En un documento elaborado en Reñaca –Chile- en 1995, que pretende reflejar un “consenso” en Hispanoamérica respecto de aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida<sup>260</sup>, se explica que “al descongelar *concepti*, la tasa de sobrevivencia fluctúa entre un **40% y 80%**”.

“Un estudio realizado en Bélgica arribó al siguiente resultado: sobre 2200 embriones congelados sólo sobrevivieron al proceso de descongelación 725 y éstos una vez implantados culminaron su desarrollo naciendo vivos 52. O sea que al descongelarlos se perdieron el 68% de los embriones, sobreviviendo a la técnica sólo el 32%. La tasa de los nacidos vivos corresponde al 7% de los embriones descongelados y al 2,36% de la población inicial, es decir **que**

Destino de los embriones congelados, 10/02/07, en <http://foropelayo.blogcindario.com/2007/02/00734-destino-de-los-embriones-congelados.html>

<sup>257</sup> Cfr. TESTART, J.; LASALLE, B.; BELAISCH-ALLART, J.; FORMAN, R.; HAZOUT, A.; VOLANTE, M.; FRYDMAN, R., Human embryo viability related to freezing and thawing. In “American Journal of Obstetrics and Gynecology” 157, 168-171 (1987). Cit. por LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibidem*.

<sup>258</sup> LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibidem*.

<sup>259</sup> Aunque en ese estado los procesos degradativos están frenados, es previsible que con el tiempo se alteren y que por tanto un alto porcentaje de los embriones viables hayan muerto ya. Hay que tener en cuenta que la congelación afecta más a la integridad física de los seres vivos que tienen ya baja viabilidad, y los crioconservados son los sobrantes que no han sido elegidos en una primera, o segunda selección de embriones, es decir son los considerados menos viables, con posibles defectos y menor vitalidad. Además proceden de la fecundación de óvulos poco maduros (producto de la inducción de multiovulación) que se conoce que ya de suyo tienen menos posibilidades de desarrollarse y de anidar. Algunos arrastran además las consecuencias de las alteraciones genéticas del padre ya que los espermatozoides incapaces de fecundar fueron introducidos por microinyección directa al citoplasma del óvulo, etc. Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibidem*.

<sup>260</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... *ibidem*.

**se perdieron prácticamente el 98% de los sometidos a esta técnica**<sup>261</sup>. En una entrevista periodística un especialista argentino rechazaba el método del congelamiento sosteniendo que “con embriones frescos fertilizados in vitro las chances de embarazo son del 15% al 25% y con los congelados del 7%. Además **sólo puede recuperarse el 50% de los embriones congelados**”<sup>262</sup>. Si tenemos en cuenta que la referencia es al embarazo y que el porcentaje de nacimientos es menor del 50% de los embarazos logrados por las técnicas, arribamos a porcentajes similares a los del estudio mencionado<sup>263</sup> (los resaltados son nuestros)<sup>264</sup>.

El Diario Clarín informa el 11 de julio de 2007<sup>265</sup>: “los expertos reconocen que con esta técnica -congelamiento de embriones- **disminuye la capacidad** de los embriones. “Las estadísticas varían según el laboratorio, pero en general la tasa de embarazo ronda el **30%**”, reconoce la bióloga Fernanda GONZÁLEZ ECHEVERRÍA DE RAFFO, de Fertilab. Los embriones se guardan en recipientes con nitrógeno líquido a 196 grados bajo cero. Allí pueden permanecer varios años. “No hay un límite de tiempo”, advierte PASQUALINI. Sin embargo, en muchos centros se habla de un **período “recomendable” de 5 años**. Transcurrido ese plazo, y antes también, muchas parejas comienzan a evaluar la posibilidad de la **donación**” (los resaltados son nuestros).

En Gran Bretaña, el 31 de julio de 1996, “al vencer el plazo legal de 5 años para mantener congelados a los embriones, 3.000 de ellos fueron ejecutados arrojándolos en alcohol”<sup>266</sup>.

Es muy importante tener en cuenta que la misma RED LATI-

<sup>261</sup> NA: “VAN DEL ELST, J., Centro de Medicina Reproductiva, Escuela de Medicina y Hospital Universitario, Bélgica, “Fertil.-Steril.” 1995 Jan”.

<sup>262</sup> NA: “La Nación, Buenos Aires, 15 de junio de 1993”.

<sup>263</sup> NA: “QUINTANA, Eduardo M., Crioconservación y adopción de embriones, EDLA 04/10/96”.

<sup>264</sup> QUINTANA, Eduardo M., Sofismas... *ibidem*.

<sup>265</sup> Diario Clarín, 11/07/07, en <http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm>

<sup>266</sup> Cfr. IGLESIAS, Graciela, Destruirán 2500 embriones en Gran Bretaña, en “Diario La Nación”, 08/07/96, pág. 13.

NOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA<sup>267</sup> reconoce que “la criopreservación de cigotos y embriones, se ha convertido en una **tecnología estándar** en reproducción humana” (el resaltado es nuestro). También lo reconocen los centros de fecundación artificial extracorpórea: “Después de una hiperestimulación ovárica controlada y una transferencia embrional fresca, **60%** de los ciclos de Fecundación *in vitro* (FIV) simulados producirán **embriones viables en exceso**, los que están disponibles para la criopreservación. Los embriones criopreservados o congelados pueden descongelarse y transferirse de nuevo al útero, durante el subsiguiente ciclo de congelamiento del embrión. Esto permite un porcentaje más alto en el embarazo por cada intento de ciclo de FIV. Las **indicaciones para la criopreservación del embrión** incluyen: 1. **Almacenamiento de los embriones en exceso** para uso futuro después de la transferencia fresca del embrión. 2. **Disminuir el riesgo del OHSS** (por sus siglas en inglés<sup>268</sup>) en el ciclo de transferencia fresca del embrión de un alto riesgo de OHSS. 3. **Condiciones uterinas que son desfavorables para la transferencia fresca** del embrión después de su recuperación (v.gr. sangrado uterino, pólipos, leiomiomas, estenosis cervical severa, o recubrimiento endometrial delgado)” (los resaltados son nuestros)<sup>269</sup>.

<sup>267</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *Manual de procedimientos... ibidem*.

<sup>268</sup> La Sigla OHSS significa, en inglés, “*Ovarian hyperstimulation syndrome*”. La incidencia informada oscila entre el 1% y el 10% de los ciclos de fertilización *in vitro* (FIV). Los factores que llevan a este síndrome no han sido explicados por completo. Parece probable que la liberación de sustancias vasoactivas, secretadas por los ovarios bajo la estimulación de la gonadotropina coriónica humana (HCG) juegue un papel importante en el desencadenamiento del síndrome. Lo que caracteriza a este trastorno, es el traslado masivo de líquidos del compartimiento intravascular hacia el tercer espacio provocando depleción intravascular profunda y hemoconcentración. Cfr. D'ANGELO, A.; AMSO, N.; *Congelación de embriones para la prevención del síndrome de hiperestimulación ovárica*, en “La Biblioteca Cochrane Plus”, N° 3, 2008. Oxford, Update Software Ltd.

<sup>269</sup> THE CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH, *División de Andrología y servicios relacionados*, en [http://www.reproductivehealthctr.net/spanish/surgicalctr\\_andrology.htm](http://www.reproductivehealthctr.net/spanish/surgicalctr_andrology.htm)

### 4.3.1. Almacenamiento de los embriones en exceso

Respecto de la primera “indicación” para la criopreservación, admiten los centros de fertilización extracorpórea que “**ni siquiera en el tratamiento más cuidadoso puede excluirse del todo la posibilidad de que se fecunde un número de ovocitos superior a los tres o cuatro que se van transferir en cada proceso**. Sólo para poner a salvo los “embriones en exceso” procedemos a la criopreservación (congelación lenta) de los mismos. Estos embriones se descongelarán en ciclos posteriores y se transferirán a la cavidad uterina. Se trata de un procedimiento experimentado y seguro, aunque **el uso de embriones criopreservados da como resultado un número inferior de embarazos en comparación con el uso de embriones no congelados**” (los resaltados son nuestros)<sup>270</sup>.

### 4.3.2. Condiciones uterinas desfavorables para la transferencia fresca del embrión

El congelamiento de embriones es reconocido como tecnología estándar, entre otras causas, por la denominada “**ventana de implantación**”<sup>271</sup>. En ella nos basamos para afirmar que **la mayoría de las fecundaciones artificiales extracorpóreas conllevan la criopreservación de embriones**.

La implantación implica un **diálogo** de estímulos y respuestas entre la madre y el embrión en la fase de blastocito. Ambos, ma-

<sup>270</sup> PALACIOS, Santiago, *Salud y medicina de la mujer*, (s/f, s/l). Edit. Harcourt. Extracto publicado en <http://infertilidad.tripod.com/tecnicas.htm>

<sup>271</sup> La implantación embrionaria es regulada por muchos y muy importantes factores, los cuales permiten el éxito de la misma en un 30% de los ciclos considerados fértiles. Con las técnicas de reproducción asistida **este porcentaje no ha podido superarse**, a pesar del estudio intenso durante los últimos 20 años. Se ha demostrado que debe existir un adecuado ambiente hormonal (Estradiol y Progesterona) que actúa de forma endocrina sobre los órganos maternos implicados en el embarazo traduciendo esto en una buena receptividad uterina. Se conoce también que debe existir una fecundación y desarrollo embrionario normal. Además, estudios recientes han encontrado la gran importancia de un intercambio paracrino y/o autocrino entre los dos. Lo anterior **solo puede lograrse en un momento y lugar determinado**, lo cual se denomina “**ventana de implantación**”. Cfr. VALBUENA, D.; SIMÓN, C., *Cococultivo embrionario: mejoría de la implantación*, en “Instituto Valenciano de infertilidad”, (Valencia, s/f), <http://www.encolombia.com/medicina-reproductiva24299-cocultivo.htm>



dre y embrión, poseen un rol activo. La **ventana de implantación** se produce entre el 6º a 14º día. Es el período en el cual el embrión se adhiere al útero.

Pero la hiperestimulación ovárica que se realiza como paso previo a la fecundación artificial produce una fase lútea deficiente<sup>272</sup> en la mujer, que debe ser remediada con medicación<sup>273</sup> antes de la transferencia de los embriones, para que estos tengan posibilidades de implantarse<sup>274</sup>. De ahí la afirmación que realizamos de que la mayoría de las fecundaciones artificiales extracorpóreas conllevarían el congelamiento de embriones.

#### 4.3.3. Disminuir el riesgo del OHSS

La segunda indicación para congelar embriones es la disminu-

<sup>272</sup> “**Toda paciente** que ingresa a un protocolo de reproducción asistida de alta complejidad debe contar con un **soporte de fase lútea**, mismo que se inicia previo a la transferencia embrionaria, usualmente 48 horas. La **hiperestimulación ovárica** controlada **origina** un ambiente hiperestrogénico, y el daño folicular en el momento de la captura ocasiona una **fase lútea deficiente...**”. KABLY, Alberto; ESTÉVEZ, Sergio, *Fertilización in vitro con transferencia de embriones*, en “CEPAM: Revista Dolor, Clínica y Terapia” Vol. VI, N° 1, 21/04/09.

<sup>273</sup> “Entre las variables que afectan las tasas de embarazo en los ciclos de transferencia luego de congelación embrionaria están: la calidad de los embriones a congelar, la técnica de congelación y descongelación, el tiempo de almacenamiento de los *concepti* y la preparación del endometrio para la transferencia. La transferencia embrionaria se puede realizar en ciclos ovulatorios naturales o substituidos... Si se descongelan los embriones en un ciclo ovulatorio espontáneo, se debe determinar con precisión el día del pico de la hormona luteinizante (LH) o el día de la ruptura folicular. Es igualmente importante, establecer la presencia de secreción de progesterona por parte del cuerpo lúteo. Los embriones descongelados de 2-4 células se transfieren al útero el día de la desaparición del folículo por ecografía o 2 días después del pico de LH en sangre. La transferencia debe coincidir con un desarrollo endometrial adecuado al estadio celular de los *concepti* congelados”. MARELLO, Ellen; con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country (Bogotá, Colombia), FECUNDITAS (Buenos Aires, Argentina), FERTILITAT (Porto Alegre, Brasil), *Primer taller de criopreservación de embriones...* *ibidem*.

<sup>274</sup> En palabras de LÓPEZ MORATALLA, “la congelación de embriones se considera actualmente un **protocolo de rutina** y completamente validado en el tratamiento de la infertilidad” pues “el ciclo resultante de la estimulación ovárica no es adecuado para proceder con la transferencia del embrión y en tal caso se ha de recurrir a la conservación del embrión”. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Destino de los embriones congelados...* *ibidem*.

ción del riesgo del OHSS. Explica POMMER: “El contar con un programa de **criopreservación de pronúcleos**<sup>275</sup>, permite su uso como una **herramienta terapéutica** en pacientes con alto riesgo de desarrollar Síndrome de Hiperestimulación Ovárica Severa, pues se ha demostrado que la **postergación de la transferencia de embriones** para otro momento, baja considerablemente el riesgo vital de las pacientes, ya que un embarazo en ese ciclo, tiende a agravar la situación y a prolongarla en el tiempo” (los resaltados son nuestros)<sup>276</sup>. Cabe resaltar estas palabras del informe: la criopreservación es una herramienta terapéutica para la madre, no para el embrión<sup>277</sup>.

#### 4.3.4. Reducir costos económicos y emocionales

POMMER<sup>278</sup> da además una nueva razón por la cual se crioconservan los embriones: “Tener la posibilidad de intentos posteriores de transferencias embrionarias, sin tener que hiperestimular nuevamente a la paciente. Lo que implica una segunda oportunidad **con menor costo económico y de estrés**” (los resaltados son nuestros)<sup>279</sup>. El estudio concluye diciendo que “La criopreservación

<sup>275</sup> El “pronúcleo” al que se refiere el artículo citado es un embrión, conforme lo explicamos anteriormente.

<sup>276</sup> POMMER T., AAVV, *Criopreservación de pronúcleos...* *ibidem*.

<sup>277</sup> “En suma, las técnicas de reproducción asistida, siendo tecnológicamente sofisticadas y de un costo elevado, sobre todo por los fármacos requeridos para la hiperestimulación ovárica logran un embarazo entre el 30-40% de los casos. Esto representa que un **60-70% de las parejas no se embaraza al primer intento** y por tanto buscará repetir el procedimiento. Por otra parte, el número de oocitos fertilizados no siempre permite predecir el número de pronúcleos **aptos** y por tanto se tiende a fertilizar mayor número de oocitos. Una vez generados los pronúcleos, cuando no existe la posibilidad de criopreservación, se transfieren todos los que clivaron a embrión, porque no se hace descarte de pronúcleos. Tener la opción de criopreservación de estos pronúcleos permite bajar el número de pronúcleos por transferencia, reservando el resto para una transferencia posterior” (los resaltados son nuestros). POMMER T., AAVV, *Criopreservación de pronúcleos...* *ibidem*.

<sup>278</sup> POMMER T., AAVV, *Criopreservación de pronúcleos...* *ibidem*.

<sup>279</sup> En este estudio (POMMER T., AAVV, *Criopreservación de pronúcleos...* *ibidem*) se analizan 545 procedimientos de fecundación artificial. Las técnicas utilizadas fueron: Fertilización *in vitro* (FIV), Inyección Intracitoplasmática de Espermio al Oocito (ICSI) o Transferencia de Gametos a la Trompa (GIFT). realizados entre marzo de

en nuestra experiencia ha cumplido un rol importante en disminuir la incidencia de embarazos múltiples y permitir una segunda oportunidad de embarazo a toda nuestra población de pacientes sin el costo económico y afectivo que un ciclo de hiperestimulación ovárica implica". Y agrega un dato importante: "la **tasa de aborto**, en pacientes **con criopreservación, es un 16%**" (los resaltados son nuestros)<sup>280</sup>.

#### 4.3.5. Crioprotectores, ¿de qué protegen?

Existen en la actualidad dos métodos de congelamiento<sup>281</sup> de

2000 y junio del 2003 en la Unidad de Medicina Reproductiva del Instituto de Investigaciones Materno Infantil (IDIMI) de la Facultad de Medicina, Campus de la Universidad de Chile y del Departamento y Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínico San Borja Arriarán. "Se realizaron 39 transferencias de embriones provenientes de pronúcleos criopreservados (2,9 embriones por transferencia), dando una nueva opción de embarazo a pacientes que no han sido sometidas nuevamente a una hiperestimulación ovárica, **con un costo económico y afectivo significativamente inferior, ya que los fármacos para la preparación endometrial son 1/10 del costo de un ciclo en fresco (HMG/FSH recombinante/HCG)**" (los resaltados son nuestros).

<sup>280</sup> POMMER T., AAVV, Criopreservación de pronúcleos... *ibidem*.

<sup>281</sup> Existen métodos de congelación LENTA y RAPIDA. Para aplicar los métodos lentos se requiere un congelador programable mediante un programa informático, capaz de realizar un descenso lento, gradual y muy controlado de la temperatura, hasta alcanzar la deseada de acuerdo al protocolo de ejecución (-30° centígrados ó -80° centígrados comúnmente). Los métodos rápidos incluyen la vitrificación y la congelación ultrarápida: a) la técnica de vitrificación consiste en la utilización de una solución altamente viscosa que, al ser enfriada, aumenta su viscosidad hasta alcanzar la consistencia de un vidrio. "Las altas concentraciones de crioprotectores utilizados en la vitrificación **son tóxicas para los embriones** y por tanto se desaconseja su utilización en congelación de embriones humanos"; b) los métodos que utilizan bajas concentraciones de crioprotectores son los denominados "ultrarápidos" y normalmente las pajuelas o *containers* de los embriones a criopreservar, son sumergidas directamente en Nitrógeno líquido partiendo de 0 grados centígrados en una primera fase en la que se "vaporizan" con Nitrógeno líquido (sus vapores) antes de la inmersión. **¿En qué fase celular normalmente se utiliza la criopreservación?** A- Congelación lenta con dimetilsulfóxido (DMSO). Con este protocolo, los mejores resultados se obtienen congelando embriones en estadio de **4-8 células**... B- Congelación lenta con PROH (1-2 propanendiol). Los mejores resultados con esta técnica se obtienen congelando embriones en estadios muy precoces (**2 pronúcleos, estadio de 2 células y de 4 células**). La mayor tasa de supervivencia tras la congelación-descongelación, se consigue en el estadio de 2 pronúcleos en cuyo caso se alcanza hasta un 70% de

embriones. "En un principio la **criopreservación lenta** era la única alternativa existente para poder almacenar embriones. A pesar de que con esta técnica podían obtenerse tasas de supervivencia de 80%, el porcentaje de embarazo y la tasa de implantación eran muy bajos (21 y 7%, respectivamente)<sup>282</sup>; esto se debía principalmente a que el embrión sufría daño durante la descongelación, cuyo principal detrimento era la **formación de cristales**". El **método de vitrificación**, actualmente en uso, "es un

supervivencia; cuando se utiliza para congelar embriones ya divididos, se recomienda que los blastómeros del embrión tengan todos ellos **núcleo**. Este protocolo es el más sencillo y el más rápido a desarrollar en comparación con los protocolos lentos y también son mejores sus resultados en cuanto a tasa de supervivencia y tasa de implantación y subsiguiente embarazo posterior. C- Congelación lenta con Glicerol. Sólo se usa para la congelación de **blastocistos** (que es un estadio de la división embrionaria que sucede a partir del 5° - 6° día después de la fertilización). Los mejores resultados en cuanto a tasa de supervivencia y embarazo con este protocolo se consiguen congelando blastocitos tipo C y D que son aquellos que "respectivamente empiezan a expandirse o estar completamente expandidos. D- Método ultrarápido. Los embriones congelados en 2 pronúcleos son los que mejor resisten el proceso de congelación-descongelación con una tasa de supervivencia aproximada del 70%. También es importante destacar que los **embriones en 2 y 4 células** resisten mejor que los embriones congelados en estadios intermedios como 3 y 5 células. El proceso de implantación es harto complejo, no conocido del todo y desde luego imposible de "manejar" en clínica; depende de un diálogo bioquímico no al 100% conocido todavía hoy, que se establece entre el embrión y el endometrio una vez que aquél es transferido al útero por el ginecólogo... La transferencia se realiza normalmente entre el 2°-3°-4° día después de la fertilización... **Cuanto más cerca estemos del desarrollo del blastocisto expandido** (hacia el 6° - 8° día desde la fertilización), **mayor es la tasa de implantación y más seguro el embarazo** (Cfr. NEYRO, José L., Criopreservación embrionaria y aspectos jurídicos de las Tras, en <http://www.neyro.com/crio.html>). "La definición física de vitrificación es la solidificación de una solución (el agua es rápidamente enfriada y conformada en un estado como vidrio desde la fase líquida) a muy baja temperatura, no por cristalización de hielo sino por una elevación extrema de la viscosidad durante el enfriamiento. En contraste con los protocolos lentos, hay una característica única de protocolos de enfriamiento "rápido". Beneficios primarios de la vitrificación: Hay dos formas para alcanzar la vitrificación de agua dentro de las células: 1. Aumentar la velocidad de la conducción de la temperatura; 2. Aumentar la concentración del crioprotector. Por tanto, la vitrificación es el resultado de la alta tasa de enfriamiento asociada a la alta concentración de crioprotector". RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>282</sup> NA: Rezazadeh M, Eftekhari-Yazdi P, Karimian L, et al. Vitrification *versus* slow freezing gives excellent survival, post warming embryo morphology and pregnancy outcomes for human cleaved embryos. J Assit Reprod Genet 2009;26:347-354.

método de ultracongelación que **evita la formación de cristales**, ya que no sólo disminuye potencialmente la temperatura, sino que además logra que un estado cristalino se convierta en estado vítreo<sup>283</sup>... Uno de los **inconvenientes** de la técnica es que requiere **altas concentraciones de crioprotectores**, cuya **toxicidad daña a los embriones**<sup>284</sup> (los resaltados son nuestros)<sup>285</sup>. Los mismos centros de fecundación artificial reconocen la existencia de daños<sup>286</sup> al embrión por la crioconservación, los cuales se intenta

<sup>283</sup> NA: Rall W, Fgy G. Ice free-cryopreservation of mouse embryos at -196°C by vitrification. *Nature* 1985; 313:573-575.

<sup>284</sup> NA: Fahy GM, Levy DI, Ali SE. Some emerging principles underlying the physical properties, biological actions, and utility of vitrification solutions. *Cryobiology* 1987;24:196-213.

<sup>285</sup> LAZCANO, Jessica, AAVV, Estudio clínico comparativo. Resultado de la vitrificación y desvitrificación de embriones humanos con dos tipos de sistemas abiertos: Cryotop vs Cryolock, en *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción* 2010;2(3):79-83.

<sup>286</sup> La RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA reconoce el daño que se provoca a los embriones mediante la crioconservación: “Las **lesiones debidas a la crioconservación sobre las estructuras celulares** pueden **atenuarse** mediante la inclusión de agentes crioprotectores en la elaboración de los diluyentes. Estas sustancias protegen durante los procesos congelación y descongelación. Numerosas sustancias han sido identificadas por su acción crioprotectora. Los crioprotectores pueden clasificarse en penetrantes (metanol, glicerol, dimetilsulfóxido, etilenglicol, 1-2 propanediol, acetamida) y no penetrantes (azúcares, lipoproteínas de la yema de huevo y proteínas de alto peso molecular), en función de su permeabilidad para las membranas plasmáticas. El mecanismo de acción de estos compuestos **no es totalmente conocido**. Se sabe que los penetrantes se introducen en la célula de forma uniforme, provocando la **deshidratación celular** por sustitución del agua intracelular y evitando así el incremento de la concentración de solutos y formación de cristales de hielo, siendo más efectivos cuando las velocidades de congelación son bajas. Los no penetrantes se sitúan recubriendo la membrana plasmática e inducen la formación de cristales de hielo alrededor de la misma, siendo más efectivos en congelaciones rápidas. Los crioprotectores más empleados son el glicerol y la yema de huevo de gallina, la cual debe su efecto protector a las lipoproteínas de baja densidad. **El glicerol aunque es ampliamente empleado, presenta ciertos grados de toxicidad** para la célula espermática, por ello la concentración de glicerol no debe ser mayor de un 4% - 8%... para alcanzar las altas tasas de enfriamiento se requiere usar altas concentraciones de solución crioprotectora, la cual disminuye la formación de cristales de hielo. Una consecuencia negativa de esto es que a veces el crioprotector es **demasiado tóxico**” (los resaltados son nuestros). Y más adelante reconoce la “pérdida” de embriones que se produce por su descongelación: “La descongelación de embriones se puede realizar el día anterior o el mismo día de la transferencia y se

“minimizar”<sup>287</sup> mediante la utilización de “crioprotectores”<sup>288</sup>.

Resaltamos que se indica como parte del procedimiento de vitrificación la “**deshidratación**”<sup>289</sup> del embrión... ¿no constituye acaso un trato inhumano? Si, como reconocen los centros que crioconservan embriones, estos sufren daños<sup>290</sup> a causa de esta técnica, ¿por qué no se crioconservan los gametos masculinos y femeninos por separado?<sup>291</sup> “Pareciera lógico crioconservar espermios y oocitos separados. Los espermios no pierden su potencial, pero **hay**

considera que el embrión sobrevive si permanecen intactas al menos el 50% de las blastómeras que se congelaron originalmente. Si se descongela el día anterior al de la transferencia, se transfieren sólo embriones que clivan” RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>287</sup> Los centros de reproducción artificial afirman que “las técnicas de crioconservación intentan **minimizar el daño** a las células de embrión durante el proceso de congelamiento y descongelamiento **con la ayuda de crioprotectores**. Los embriones son congelados a un porcentaje lento con el crioprotector. Es inducido un gradiente que permite que el agua intracelular deje la célula. El embrión es **deshidratado** para evitar la formación de cristales de hielo intracelulares citotóxicos. Una vez que están congelados, los embriones son colocados en **criocajas** y almacenados en nitrógeno líquido a -196°C. Cuando los embriones son necesitados para la transferencia, son descongelados rápidamente para evitar la formación de cristales de hielo intracelulares” (los resaltados son nuestros). THE CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH, División de Andrología... *ibidem*.

<sup>288</sup> “Los embriones se congelan en medio de cultivo de tejidos que contienen, además, **crioprotectores** y azúcares para lograr una congelación y formación de cristales adecuados. En forma alternativa, se utilizan **protocolos de vitrificación** en los que se evita la formación de cristales de hielo mediante el empleo de elevadas concentraciones de crioprotectores y velocidades de congelación muy rápidas La descongelación se realiza cuidadosamente en presencia de concentraciones adecuadas de azúcares no permeables con el objeto de evitar la sobrehidratación de las células al mismo tiempo que se produce la dilución del crioprotector” (los resaltados son nuestros). LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibidem*.

<sup>289</sup> Cfr. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*; THE CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH, División de Andrología... *ibidem*.

<sup>290</sup> “Los embriones **son frágiles debido al shock osmótico a que son expuestos**” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>291</sup> “Se debate sobre la eficacia del trasplante de tejido ovárico crioconsevado. Sin embargo, en un reciente estudio (*Human Reproduction* 23; 2709-2717, 2008) se constata que la eficiencia es menor que cuando se utiliza tejido ovárico fresco”. In-forme, en “*Provida Press*” N° 321, del 31/09/09. Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida. Pág. 13.

**problemas marcados asociados a la congelación de oocitos** que no han podido ser resueltos y que se traducen en una **variable y reducida opción de fertilizar, clivar y dar un nacido vivo**. La opción de **criopreservar oocitos en estado de pronúcleo** en nuestro centro, se genera de un **criterio biológico y ético**, en el primero, se sabe que entre las 17 y 22 horas postinseminación, el oocito está en fase G2 del primer ciclo celular<sup>292</sup>, antes de la disolución de los **pronúcleos** que son visibles a la microscopia convencional, esto ocasiona la **opción de un mínimo daño celular**<sup>293</sup>; en el segundo criterio, el comité de ética del hospital, **consideró adecuado congelar** en estado de preembrión, el cual es el oocito en estado de pronúcleo<sup>294</sup>. En realidad, ninguno de los dos criterios utilizados por el Instituto de Investigaciones Materno Infantil es verdadero. El ético, por las razones aludidas en el capítulo anterior y en éste.

<sup>292</sup> NA: "El ciclo celular es un conjunto ordenado de eventos que culmina con el crecimiento de la célula y la división en dos células hijas. FASES DEL CICLO CELULAR: PERIODO G1: El período G1, llamado primera fase de crecimiento, se inicia con una célula hija que proviene de la división de la célula madre. La célula aumenta de tamaño, se sintetiza nuevo material citoplásmico, sobre todo proteínas y ARN. PERIODO S: El período S o de síntesis, en el que tiene lugar la duplicación del ADN. Cuando acaba este período, el núcleo contiene el doble de proteínas nucleares y de ADN que al principio. PERIODO G2: El período G2, o segunda fase de crecimiento, en el cual se sigue sintetizando ARN y proteínas; el final de este período queda marcado por la aparición de cambios en la estructura celular, que se hacen visibles con el microscopio y que nos indican el principio de la Mitosis o división celular. El período de tiempo que transcurre entre dos mitosis, y que comprende los períodos G1, S, y G2, se le denomina Interfase".

<sup>293</sup> NA: "BALAKIER, H.; NEIL, J.; CASPER, R.; Characterization of the first cell cycle in human zygotes: implications for cryopreservation, "Fertil. Steril." 1993; 59: 359-65".

<sup>294</sup> Resultados: La incorporación de la criopreservación se logra en diciembre del 2001, criopreservando hasta la fecha el 51,3% de las parejas que tiene más de 6 folículos a aspirar. Se han criopreservado 623 pronúcleos dando un promedio 6,4 pronúcleos por pareja. Se han descongelado 166 pronúcleos, sobreviviendo 134 pronúcleos, lo que implica un 80,7%. Ciento catorce pronúcleos clivaron a embrión de 4 células, equivalente a un 85,1%. Se han transferido 114 pronúcleos en 39 ciclos con un promedio de 2,9 embriones por pareja, dando origen a 12 embarazos clínicos (30,7%) con una **tasa implantacional del 11,4%**. Se observa una reducción del número de embarazos múltiples en dobles del 23% al 15,5%, en triples del 7,6% al 2,2% y la no ocurrencia de cuádruples o más, al comparar el período 2000-diciembre 2001 (sin criopreservación de pronúcleos), con diciembre de 2001-junio del 2003" (los resaltados son nuestros). POMMER T., AAVV, Criopreservación de pronúcleos... *ibidem*.

El biológico porque, tal como hemos señalado en el capítulo anterior, recientes estudios han demostrado que "la criopreservación de *concepti* en división **debe realizarse preferentemente en estados exponenciales de mitosis (2, 4, 8 células)**<sup>295</sup>. **"El embrión en estadio de blastocisto tiene mayor capacidad de implantación**, por lo que es posible lograr altas tasas de embarazo transfiriendo un menor número de embriones". Por ello la RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA aconseja que **"Los embriones serán cultivados en estas placas hasta el día 5**. El día 5 los embriones que se desarrollen a blastocistos se clasifican de acuerdo a la Escala de Gardner y se transfieren 2 ó 1... **Los blastocistos excedentes pueden ser congelados** según los protocolos que se describen en este manual" (los resaltados son nuestros)<sup>296</sup>.

En el antes mencionado documento de Reñaca<sup>297</sup> -que se refiere exclusivamente a la "fertilización *in vitro* y transferencia de *conceptus* al útero"-, se explica que "En los últimos años esta tecnología ha permitido la criopreservación de espermatozoides, haciendo de la donación del gameto masculino un procedimiento eficiente y seguro para los pacientes. Desgraciadamente, aún no se han podido desarrollar con igual eficiencia programas de criopreservación de ovocitos... Sin embargo, la **criopreservación de *conceptus*** ha logrado avances notables en la última década. Al descongelar *concepti*, la tasa de sobrevivida fluctúa entre un **40% y 80%**... Si bien **no ha sido aún demostrado**, es altamente probable que aquellos en los que se detiene el desarrollo son los mismos que jamás hubieran alcanzado la etapa de blastocito... De esta manera, es

<sup>295</sup> "Esto porque la respuesta de la célula al procedimiento de criopreservación varía durante el ciclo celular. En estados intermedios de clivaje algunas células se pueden encontrar en distintas etapas de división incluso con el huso mitótico ensamblado. Este es afectado por las bajas temperaturas, siendo por lo tanto, posible provocar daños a nivel cromosómico" (los resaltados son nuestros)". MARELLO, Ellen; con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country (Bogotá, Colombia), FECUNDITAS (Buenos Aires, Argentina), FERTILITAT (Porto Alegre, Brasil), Primer taller de criopreservación de embriones... *ibidem*.

<sup>296</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>297</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... *ibidem*.

razonable pensar que el proceso de congelación lleva consigo una **selección** que opera sobre aquellos que nunca tuvieron un destino reproductivo. A esto se suma que el método que en la actualidad se está utilizando para congelar embriones, llamado vitrificación, “es en gran parte aún **experimental**, ya que las **tasas de supervivencia** que se han reportado han sido **inconsistentes**... Por otro lado, los reportes de embarazos exitosos, seguidos después de la vitrificación estimulan más investigación, pero claramente **se necesita mejorar las tasas de supervivencia inconsistentes** después de la vitrificación” (los resaltados son nuestros)<sup>298</sup>. Cabe destacar que la cifra de embriones sobrevivientes al descongelamiento antes mencionada, no implica que esos embriones lleguen a clivar, y por lo tanto **muchos de los sobrevivientes no serán transferidos** al seno materno<sup>299</sup>.

Nótese asimismo la manipulación del lenguaje: la crioconservación de embriones es denominada “criopreservación”. Cabe preguntarse de qué se está preservando a los embriones por medio de su congelamiento. “Los términos “conservación” y “preservación”, cuando se refieren al congelamiento de humanos son usados eufemísticamente, lo que se demuestra mediante los **porcentajes de supervivencia** de la aventura térmica a que son sometidos los embriones”<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> Cfr. LIEBERMANN, J.; NAWROTH, F.; ISACHENKO, V.; ISACHENKO, E.; RAHIMI, G.; TUCKER, M. J., *The potential importance of vitrification in reproductive medicine* (La importancia potencial de la vitrificación en medicina reproductiva). “Minireview. Biol Reprod” (in press). Cit. por RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *Manual de procedimientos*... *ibidem*.

<sup>299</sup> Esta diferencia entre **embriones sobrevivientes** y **embriones que clivan**, puede apreciarse en las estadísticas de POMMER: “Se han **descongelado 166** pronúcleos, **sobreviviendo 134** pronúcleos, lo que implica un 80,7%. **Ciento cuatro pronúcleos clivaron** a embrión de 4 células, equivalente a un 85,1%. Se han transferido 114 pronúcleos en 39 ciclos con un promedio de 2,9 embriones por pareja, dando origen a 12 embarazos clínicos (30,7%) con una **tasa** implantacional del 11,4%” (los resaltados son nuestros). POMMER T., AAVV, *Criopreservación de pronúcleos*... *ibidem*. Otros estudios arrojan similares resultados: Cfr. LAZCANO, Jessica, AAVV, *Estudio clínico comparativo. Resultado de la vitrificación y desvitrificación*... *ibidem*.

<sup>300</sup> QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas*... *ibidem*.

#### 4.3.6. Congelamiento de embriones: ¿hecho público y notorio?

El congelamiento de embriones es hoy, en Argentina, un **hecho notorio y de público conocimiento**. Baste para probarlo la abundante “información” que proveen los medios de comunicación social. Citaremos sólo dos artículos periodísticos para ilustrarlo. El Diario Clarín informa el 11 de julio de 2007<sup>301</sup>: “Según varias consultas con directores médicos de los laboratorios, en la Ciudad de Buenos Aires hay alrededor de **12 mil embriones congelados**. A ello hay que agregarle los otros centros que funcionan en Capital (en total, los reconocidos por SAMER son 11). Aunque es obvio, una de las fuentes resaltó que “**el número** (de embriones congelados) **es dinámico**, cambia todos los días”. Y destacó que “**no se corresponde con los de adultos involucrados**”, ya que en general **se guardan más de cinco embriones por pareja**. Está previsto que la cifra de embriones siga creciendo. “Es un proceso que se da en todas partes del mundo: **no se transfieren todos los embriones que se congelan**”, explica Sergio PASQUALINI, director de Hali-tus, al tiempo que aclara que en su centro el proceso se realiza “**en forma selectiva**” (se congelan los mejores). De cualquier manera, parece necesario algún tipo de control, más aún en nuestro país, donde no hay una ley específica sobre el tema. Los expertos no reniegan de los registros, pero relativizan la importancia del censo que, de ahora en más, **deberá repetirse** cada seis meses. “No cambia mucho porque **todos trabajan éticamente**”, opinó BLASCO... La “**criopreservación**”, como se la conoce científicamente, se utiliza actualmente en algunos procedimientos de fertilización avanzados. Entre otras cosas, le permite a las parejas que tienen dificultades para lograr el embarazo **realizar varios intentos** y evitar algunas instancias del tratamiento. No obstante, los expertos reconocen que con esta técnica **disminuye la capacidad** de los embriones. “Las estadísticas varían según el laboratorio, pero en general la tasa de embarazo ronda el **30%**”, reconoce la bióloga

<sup>301</sup> Diario Clarín, 11/07/07, en <http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm>

Fernanda GONZÁLEZ ECHEVERRÍA DE RAFFO, de Fertilab. Los embriones se guardan en recipientes con nitrógeno líquido a 196 grados bajo cero. Allí pueden permanecer varios años. “No hay un límite de tiempo”, advierte PASQUALINI. Sin embargo, en muchos centros se habla de un **período “recomendable” de 5 años**. Transcurrido ese plazo, y antes también, muchas parejas comienzan a evaluar la posibilidad de la **donación**” (los resaltados son nuestros).

Sin embargo, no siempre se concreta la “donación”. “Según ha publicado la BBC, existen en los Estados Unidos alrededor de 500.000 embriones congelados y los mismos expertos reconocen que no saben qué hacer con ellos ante las altas tasas de abandono”<sup>302</sup>. De entre los pacientes que no quieren tener más hijos, el 53 % declara no desear “donar” sus embriones congelados a otras parejas, principalmente porque no quieren que otras personas críen a sus hijos, o no quieren que sus propios hijos tengan la preocupación de encontrarse algún día con un hermano desconocido. Alrededor del 66 % quisiera donar los embriones para investigación, mientras que el 20 % desea mantener sus embriones congelados indefinidamente. Al respecto se estima que los embriones pueden permanecer congelados una década, pero no todos sobreviven al descongelamiento<sup>303</sup>.

Estos problemas son admitidos por los mismos médicos que realizan las técnicas: “Lo que sin duda representa un problema potencial en relación a la criopreservación de *concepti* es el resultado de detener en el tiempo una persona potencial mientras sus futuros padres avanzan con cada cambio de estación... (Así,) la percepción de los futuros padres respecto de los *concepti* criopreservados puede ir cambiando con el tiempo (no así el *concep-*

<sup>302</sup> MARQUEZ, William, El limbo de los embriones congelados, (19/11/11), BBC Mundo, cit. por LAFFERRIÈRE, Nicolás; PUCHETA, Leonardo, Aborto encubierto en los proyectos de fecundación artificial, (23/11/11), Centro de Bioética Persona y Familia, en <http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/tecnorepro/aborto-encubierto.html>

<sup>303</sup> Cfr. GRADY, Denise, Parents Torn Over Fate of Frozen Embryos, (Padres desgarrados por el destino de los embriones congelados), (New York, 04/12/08), en The New York Times, <http://www.nytimes.com/2008/12/04/us/04embryo.html?pagewanted=all>. Traducción propia.

*ti*) y afectar de esta manera el futuro de esa persona potencial que durante el período de congelación está bajo los cuidados de terceros, el equipo médico responsable de la criopreservación”<sup>304</sup>. Cabe preguntarse cuál es la solución que “el equipo médico responsable de la criopreservación” propone frente a este problema. En el documento mencionado, la solución que se recomienda es que “en las formas de **consentimiento** (que firman los clientes) debe quedar explicitado las **condiciones de uso** de los *concepti* criopreservados”<sup>305</sup> (el resaltado es nuestro).

No podemos soslayar, entonces, que el destino de los embriones crioconservados es **incierto**<sup>306</sup>, ya que, una vez satisfecho el deseo de maternidad y de paternidad de sus progenitores, o transcurrido el período de congelamiento “prudencial”, frecuentemente “no interesan más”, y son “suprimidos” o utilizados para investigaciones<sup>307</sup> que, con el pretexto del progreso científico o médico, en

<sup>304</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... ibídem.

<sup>305</sup> RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... ibídem.

<sup>306</sup> Como ejemplo se puede citar el documento “*The cryopreservation of human embryos*” del ESHRE Task Force on Ethics and Law, en su punto 4, establece The period during which embryos can be cryopreserved del período durante el cual los embriones pueden ser criopreservados. Al respecto acepta accepts two options: a standard period of 5 years that can be renewed on the patients' demand for one term (a total of 10 years) or a standard period of 3 years that can be renewed años) o un período estándar de 3 años que puede ser renovado twice (a total of 9 years). dos veces (un total de 9 años). The latter position decreases the possibility of losing contact with the patients and increases the possibility of loss of contact with the patients –se refiere a los progenitores-. The maximum storage period can be extended beyond the periods mentioned above puede ser extendido más allá de los períodos mencionados anteriormente if there are medical reasons for storing the embryos. si existen razones médicas para el almacenamiento de los embriones. Estas razones médicas serán la edad hasta la cual el Embryo establishment considere aconsejable el embarazo. Cfr. ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, The cryopreservation of human embryos (La criopreservación de embriones humanos), en “Human Reproduction”, Vol.16, No.5. 1049-1050, 2001. Traducción propia. 1049–1050, 2001

<sup>307</sup> “En la Universidad de Granada se ha llevado a cabo un estudio que ha re-

realidad reducen la vida humana a un simple “material biológico” del cual pueden disponer libremente<sup>308</sup>.

En Gran Bretaña, al año 2008, ya se han utilizado más de **100.000 embriones humanos para experimentación**<sup>309</sup>.

#### 4.4. Muerte de embriones por abortos

Aún para los embriones “sobrevivientes” al descongelamiento y que logran implantarse en el útero de la gestante, los riesgos no terminan allí: hay claras indicaciones en la literatura científica de aumentos significativos de las patologías genéticas y congénitas **en los nacidos de fecundaciones artificiales**, precisamente **a causa** de la concepción *in vitro*<sup>310</sup>. “El análisis cromosómico de

flejado que el **50 por ciento de las parejas** de Andalucía que se someten a un proceso de fecundación *in vitro* hacen una **donación de los embriones que sobran en su tratamiento para que sean empleados en la investigación científica** como parte de una mejora en la medicina. Esta cifra demuestra que el porcentaje de las parejas andaluzas que ejercen la buena costumbre de la donación tras su **proceso de reproducción asistida contra la infertilidad** es mayor que la de las parejas de Estados Unidos en 16 veces, ya que en el país americano tan sólo el 3 por ciento de los pacientes sometidos a fecundación *in vitro* donan sus embriones sobrantes para que sean estudiados” (los ressaltados son nuestros). El 50% de las parejas andaluzas sometidas a un tratamiento de fecundación *in vitro* dona los embriones no utilizados para estudios científicos, en “Reproducción Asistida”. 28/05/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/el-50-por-ciento-de-parejas-dona-embryones-sobrantes-para-estudios-cientificos/>

<sup>308</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium Vitae sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, 25/03/95, AAS 87 (1995), en [www.vatican.va](http://www.vatican.va), N° 14.

<sup>309</sup> OSTNOR, Lars, Stem Cells, Human Embryos and Ethics: Interdisciplinary Perspectives, (2008). Springers. Pág. 72. Cit. por MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria... *ibídem*.

<sup>310</sup> “La técnica de super-ovulación favorece el aumento de aberraciones cromosómicas en los óvulos, la falta de paso de los espermatozoides por el moco cervical (filtro selectivo fisiológico) favorece la fertilización con espermatozoides deficientes, y la técnica de fertilización permite las fertilizaciones poliespermicas” (NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibídem*, pág. 49). Otro estudio muestra que “los embriones humanos originados por fecundación de óvulos que proceden de una multiovulación tienen más dificultad para anidar y, los que lo consiguen se desarrollan con más malformaciones que los originados por fecundación del óvulo madurado de forma natural en un ciclo; más aún, la madre por

embriones humanos cultivados *in vitro*, y en los primeros estadios, ha mostrado que hasta un **40%** de los embriones contienen anomalías cromosómicas” (el resaltado es nuestro)<sup>311</sup>. Estas pato-

efectos del fármaco que se usa en estos casos aporta un microentorno más agresivo al embrión que trata de anidar”. Desde este punto de vista también se alerta sobre la conveniencia de transferir un único embrión durante el proceso de FIV y de replantear la estimulación ovárica (Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibídem*). Pedro José SÁNCHEZ ABAD y Natalia LÓPEZ MORATALLA, en un exhaustivo estudio, basado en estadísticas, muestran que los niños procedentes de FIVET, cuando se compararon con los concebidos naturalmente, presentan un aumento –relativamente bajo– de malformaciones congénitas graves, aumento de secuelas neurológicas, como retraso mental y graves defectos de visión y un riesgo elevado de nacimiento prematuro con las secuelas que le caracterizan. Este hecho se conoce desde 1995 en que se publicaron los estudios del Medical Research Council, que recogían los datos del primer año de vida de los nacidos desde 1978-1987 (Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia; SÁNCHEZ ABAD, Pedro J., Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida, en “Cuadernos de bioética”, Vol. 20, N° 70, 2009, pág 339-355). Otras revisiones recientes (BASATEMUR, E.; SUTCLIFFE, A., Followup of Children Born after ART, in “Placenta” 29, S135-S140 (2008)) analizan el riesgo de malformaciones congénitas, de defectos del desarrollo neurológico, salud física y psicosocial y riesgo de cáncer. Un meta-análisis (RIMM, A.A.; KATAYAMA, A.C.; DIAZ, M.; KATAYAMA, K. P., A meta-analysis of controlled studies comparing major malformation rates in IVF and ICSI infants with naturally conceived children, in “Journal of Assisted Reproduction and Genetics”, 21, 437-443 (2004)) sobre 19 estudios publicado en 2004 aportaba el dato de un incremento de aproximadamente el 29% de malformaciones en niños generados *in vitro*. La alarma creciente de neonatólogos y pediatras ante el riesgo mayor de padecer enfermedades y malformaciones de los niños generados *in vitro* respecto a los engendrados, conlleva el deber de un examen riguroso de las consecuencias de la aplicación de esta tecnología. Dos tipos de carencias de comunicación intercelular y molecular causan los diversos defectos. En primer lugar, se obvia la necesidad del reconocimiento específico de los gametos en su estado de maduración adecuado y en el medio natural de la fecundación, por lo que ésta se fuerza y se llega a realizar careciendo de capacidad fecundante uno o ambos gametos. En segundo lugar, tanto al desarrollo inicial del embrión como al útero materno, se les resta la comunicación materno-filial que permite y facilita la anidación. Se ha estimado que cerca del 50% de los óvulos obtenidos por estimulación ovárica, el 37% de los cigotos fecundados y el 21% de los embriones transferidos presentan anomalías cromosómicas que podrían dar lugar a patologías que impidan su desarrollo normal (Cfr. SERRA, Angelo, Voz Reducción embrionaria, en Lexicon del Pontificio Consejo para la Familia, (Madrid, 2004), Edit. Palabra. Pág. 1033. Cit. por MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria... *ibídem*).

<sup>311</sup> Se incluye dentro de estas anomalías a aneuploidías, monosomías o mosaicismos. Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados... *ibídem*.

logías **se agravan** en embriones que han sido congelados<sup>312</sup>. Así lo explica la Dra. MONTANARI: “Es de enorme trascendencia científica y ética, saber que las TRAH, debido a la hiperestimulación de folículos ováricos aún inmaduros, mediante la utilización de fármacos (citrato de clomifeno, hormona gonadotropina coriónica humana, hormona gonadotropina menopáusica, hormona luteinizante y folículoestimulante) y por la permanencia *in vitro* de los embriones humanos hasta su transferencia intrauterina, ocasionan alteraciones en el proceso normal de imprinting genómico... La alteración del mismo ocasionará aparición de patologías embrionarias, cuya incidencia se comprueba aumentada en los niños concebidos por TRHA, tales como síndrome de Angelman, de Beckwith Wieddemann, de Silver Russell y tumor maligno de retina o retinoblastoma<sup>313</sup>... El fenómeno de imprinting va a establecerse en los dos momentos “claves” mencionados: ovogénesis o formación del óvulo maduro para ser fecundado y, constitución embrionaria inicial, principalmente hasta la formación del blastocisto. Cabe destacar que las TRAH vulnerabilizan particularmente estos “momentos clave”, ocasionado así un **aumento en la incidencia de las patologías congénitas** ocasionadas por modificación del imprinting, **promovidas en estos casos por “la mano del hombre”** (teratogenia directa e iatrogenia: *mala praxis*)... Las

<sup>312</sup> “El hecho de congelar y descongelar produce destrucción de los cromosomas, alteraciones y traslocamientos de los mismos, produciendo monstruosidades futuras. Hay que entender y comprender esos fenómenos. Muchos médicos y biólogos no quieren alertar con respecto a este tema, pero el descongelamiento y descongelamiento producen alteraciones de los cromosomas, de los genes, de esos 23 cromosomas de cada gameto, tanto femenino como masculino, o de los 80 a 100.000 genes que tienen y constituyen los 46 cromosomas. En ellos se producen alteraciones. Si vamos más lejos, el ácido desoxirribonucleico pierde algunas de sus cadenas y se producen combinaciones que pueden originar monstruosidades en el futuro... Pueden existir traslocamientos de cromosomas de los pares uno al veintitrés en el gameto masculino, pudiendo el uno pasar al cuatro, el cuatro al diez o el diez al veintitrés”. AVELÍN, Alfredo. Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

<sup>313</sup> NA: Martínez-Frías ML Editorial Técnicas de reproducción asistida y defectos congénitos: ¿riesgo “teratogénico” o genético? Evidencias en Pediatría 2006; 2: 66 doi: vol2/2006\_numero\_2/2006\_vol2\_numero4.2.htm

modificaciones del imprinting genómico sufrida por ovocitos madurados artificialmente y embriones *in vitro* pretransferencia, ocasionan en muchos de los sobrevivientes a estas técnicas, síndromes genéticos con discapacidad física e intelectual y complicaciones de salud **de por vida**. La situación de riesgo ocasionada por las alteraciones del imprinting es en realidad **imprevisible**, puesto que: se produce modificación en el funcionamiento de varias y diversas regiones génicas, concomitantemente con las modificadas en las formas clásicas o “naturales” de estos síndromes (las formas de presentación no existentes en la naturaleza) y que **puede afectar a futuras generaciones**” (los resaltados son nuestros)<sup>314</sup>.

Por ello es una práctica habitual en los Centros de Fertilización que entre las 14 y 19 semanas se realice un diagnóstico prenatal<sup>315</sup> y si existe una probabilidad de malformación se provoque el aborto<sup>316</sup>.

#### 4.4.1. Muerte de embriones por reducción embrionaria

Por otra parte, si bien los embarazos múltiples -aquellos en los cuales se gesta más de un embrión- son excepcionales (los gemelares o dobles se producen aproximadamente en uno cada 100 embarazos, y el nacimiento de trillizos en uno cada 6.000<sup>317</sup>), éstos aumentan considerablemente cuando se recurre a las técnicas de fecundación extracorpórea: “la tasa global de multigestación es 29%. Esto significa que de cien embarazos, 29 se inician con dos o más sacos gestacionales. Un 10% de estos reducirá espontáneamente un saco, evento que ocurre habitualmente antes de la se-

<sup>314</sup> MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial... *ibidem*.

<sup>315</sup> Al respecto puede consultarse la obra de LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, (Buenos Aires, 2011). Edit. Educa

<sup>316</sup> Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, págs. 43 ss.

<sup>317</sup> Cfr. NICOLAIDES, A. H. y otros, The 11-14-week scan, (Lancaster, 1999), Parthenon Publishing, pág. 176. Cit. por MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria... *ibidem*.



mana 12 de gestación<sup>318</sup>. Esto conlleva, en la mayoría de los casos, la práctica de la “reducción embrionaria”<sup>319</sup>, es decir, la supresión de embriones ya implantados en el útero, en el caso de embarazos múltiples. Esta reducción embrionaria es lisa y llanamente un aborto provocado, o -al decir de la Asociación Médica Mundial-, “abortos selectivos de embriones”<sup>320</sup>.

#### 4.5. Muerte de embriones por descarte

A las causas de muerte embrionaria desarrolladas anteriormente cabe agregar el mero “descarte” de embriones. De ello da cuenta Gran Bretaña, donde el 31 de julio de 1996 fueron destruidos 2500 embriones congelados desde 1991<sup>321</sup>. Una publicación de 2009<sup>322</sup> da cuenta de **“más de un millón de embriones destruidos**

<sup>318</sup> La RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA informa: Tasa de multigestación de acuerdo al número de embriones transferidos en procedimientos de fecundación *in vitro*: Número de embriones transferidos y Tasa de multigestación: 1 embrión transferido (ET): 0.0%; 2 ET: 14.4%; 3 ET: 27.9%; 4 ET: 28.6%; 5 ET: 43.6%; 6 ET: 44.0%. Cfr. BORRERO, Claudia, Editorial de noviembre de 2009... *ibidem*.

<sup>319</sup> SERRA, Angelo, Selección y reducción embrionarias, en PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, Lexicon: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas, (Madrid, 2004). Ediciones Palabra. Pag. 1033.

<sup>320</sup> ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, Declaración sobre los aspectos éticos de la reducción del número de embriones, (Bali, 1995).

<sup>321</sup> Cfr. IGLESIAS, Graciela, Destruirán 2500 embriones en Gran Bretaña... *ibidem*, pág. 13.

<sup>322</sup> “En 1996 se produjo en gran Bretaña la primera destrucción masiva (varios miles) de embriones congelados que nadie quería gestar, al acabar el plazo máximo de conservación (5 años) previsto por la ley. El público sintió conmoción. No sabía entonces que muchos más embriones se estaban destruyendo a diario, hasta sumar 1,2 millones en los primeros catorce años desde que entró en vigor la ley de reproducción asistida. Las cifras, que estaban en poder de Ministerio de Sanidad, se han conocido gracias a una interpelación al gobierno por parte de David Alton, miembro independiente de la Cámara de los Lores. Resulta que entre 1991 y 2005 se crearon en Gran Bretaña 2.137.924 embriones, de los cuales no llegaron a implantarse alrededor de 1,2 millones. La mayoría de estos fueron destruidos inmediatamente. Los demás fueron congelados, pero prácticamente todos acabaron destruidos una vez cumplido el plazo legal sin que las mujeres o parejas que los habían encargado los reclamaran para implantarlos”. Más de un millón de embriones destruidos en Gran Bretaña en los últimos 14 años, en “Provida Press” N° 321, del 31/09/09. Edit.

#### en Gran Bretaña en los últimos 14 años”.

Considera el Dr. LAFFERRIÈRE que, “para un correcto análisis de la realidad, debemos considerar el número de embriones que son concebidos por estas técnicas; el número de embriones que son transferidos; el número de embarazos y el número de nacimientos. Estos datos nos permiten advertir el número de vidas humanas perdidas”. Y luego de un exhaustivo análisis estadístico, concluye: “resumiendo este análisis estadístico, “hay que distinguir el porcentaje de logros en cuanto a la recogida del ovocito maduro (95 por ciento), a la fecundación (90 por ciento), al inicio del desarrollo (58,8 por ciento) y a los embarazos iniciados (17,1 por ciento) y llevados a término (6,7 por ciento). Por consiguiente, la pérdida total de embriones equivale al 93-94 por ciento”<sup>323</sup> <sup>324</sup>.

Son elocuentes al respecto las estadísticas del organismo británico de control de la fecundación artificial, el HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY (HFEA), durante el período que va entre 1.991 y 2.006<sup>325</sup>:

Embriones humanos concebidos:	2.302.627	(100%)
Niños nacidos por procreación artificial:	98.200	(04,26%)
Seres humanos abortados directamente:	1.009.916	(43,86%)
Personas congeladas o muertes indirectas:	1.194.511	(51,88%)

Dicho de modo sencillo, para que nazca un niño por estas técnicas de procreación artificial, es preciso matar algo más de diecinueve seres humanos<sup>326</sup>, ya sea por aborto provocado, o por las

Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida.

<sup>323</sup> NA: SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética, Ed. Diana, México, 1994, pag. 422-423.

<sup>324</sup> LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, Técnicas de procreación humana: propuesta... *ibidem*.

<sup>325</sup> HUMAN FERTILISATION EMBRYOLOGY AUTHORITY, A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006, (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11/07/07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia.

<sup>326</sup> “Número de embriones “descartados”: según se desprende de la Tabla 25 del informe, en 1991 se “descartaron” 8122 embriones (lo que representaba un 29% del total de embriones involucrados en las técnicas), mientras que en 2000 los embriones “eliminados” fueron 84.245 (41% del total de embriones) y en 2006 se eliminaron 99.307 embriones (45% del total). En total, para el pe-

fallas de las técnicas utilizadas.

Es sugestivo en este sentido el título de la Editorial N° 36/95 de la revista norteamericana Newsweek: **“Estados Unidos: la lotería de la fertilidad. La fecundación artificial tiene más de negocio que de medicina”**. Allí se menciona que en Estados Unidos, 40.000 parejas recurren anualmente a la fecundación artificial. En total desde 1981 a la fecha de la editorial (1995) han nacido allí más de 40.000 niños fabricados por medio de estas técnicas, dejando atrás muchas pruebas, mucho dinero gastado y –por sobre todo- muchos otros niños que no llegan a nacer<sup>327</sup>.

## 5. Daños a la salud de los niños concebidos extrauterinamente

Además de los problemas que genera la alteración del *imprinting* genómico ya mencionados, la medicina ha descrito otros daños causados por la fecundación artificial extracorpórea, tales como **mayor frecuencia de parálisis cerebral, trastornos del espectro autista, y retraso en el desarrollo**<sup>328</sup>, riesgo de incapacidad y

riodo se han matado 1.009.916 embriones. Número de embriones congelados: según la misma tabla, mientras que en el año 1991 los embriones congelados fueron 4919 (17% de los embriones involucrados en las técnicas), en 2000 fueron 46.686 (23%) y en 2006 fueron 46.526 (21%). Número de nacidos vivos: la Tabla 4 brinda información sobre los niños nacidos vivos por técnicas de fecundación in vitro (FIV) e ICSI. En el año 1991, sobre un total de 6650 ciclos de FIV e ICSI, nacieron 1227 niños, lo que arroja una tasa de nacidos vivos de 14. En 2000, sobre 35.509 ciclos, nacieron 8.823 niños (19,4) y en 2004, sobre 40.164 ciclos, nacieron 10.185 niños (20,6). En total, en el período 1991-2006 han nacido 98.200 niños por técnicas extracorpóreas”. LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, Las estadísticas británicas sobre tecnologías reproductivas, Centro de Bioética Persona y Familia, en <http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/tecnorepro/estbritanicas.html>

<sup>327</sup> Cfr. Estados Unidos: la lotería de la fertilidad. La fecundación artificial tiene más de negocio que de medicina, en “Editorial N° 36/95 de la revista Newsweek”, ADS Prensa, (Buenos Aires, 1995), págs. 2 y 3. Cit. por BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional del derecho a la vida, (Buenos Aires, 1996). Edit. Abeledo Perrot. Pág. 130, nota 178.

<sup>328</sup> Cfr. HVIDTJORN, D.; SCHIEVE, L.; SCHENDEL, D.; JACOBSSON, B.; SVAERKE, C.; THORSEN, P., Cerebral Palsy, Autism Spectrum Disorders, and Developmental Delay in Children Born After Assisted Conception: A Systematic Review and Meta-analysis (Parálisis cerebral, trastornos del espectro autista, y retraso en el desarrollo

muerte<sup>329</sup>, problemas cardíacos en los niños concebidos extracor-

en niños nacidos de concepciones asistidas: un reporte y meta-análisis sistemático), en “Archives of Pediatric & Adolescent Medicine”, 01/01/09; 163(1): 72 - 83. Traducción propia.

<sup>329</sup> “Tres estudios sobre amplias poblaciones de niños concebidos *“in vitro”* fueron publicados en el 2002 en prestigiosas revistas científicas internacionales, y las conclusiones no son en absoluto reconfortantes... El empleo de la FIV conlleva un aumento de niños con bajo peso en el nacimiento en EE.UU. porque está asociado a una elevada tasa de gemelaridad. Hasta 1997 la FIV era causa del 40% de los partos triformes. Igualmente estudios demuestran que hay más niños con bajo peso en el nacimiento por vía de la FIV que en los embarazos normales (SCHIEVE, L.A. et al., Low and very low birth weight in infants conceived with use of assisted reproductive technology, “The New England Journal of Medicine” 2002). Nuestro estudio sugiere que los niños nacidos por FIV tienen un riesgo aumentado de desarrollar problemas cerebrales, en particular parálisis cerebral” (STROMBERG, B. et al., Neurological sequelae in children born after in-vitro fertilisation: a population-based study, “The Lancet” 2002; 359:461-5). Los niños concebidos con el uso de “Intracytoplasmic sperm injection” (ICSI) o de FIV tienen el doble de riesgo de presentar un defecto mayor en el nacimiento respecto de la población general (HANSEN, M. et al., The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilisation, “The New England Journal of Medicine” 2002; 346(10):725-30). Estos estudios habían sido recogidos por otras revistas pediátricas. En febrero de 2002, un equipo de Uppsala, Suecia, se refirió a un trabajo retrospectivo sobre 5.680 niños nacidos por FIV: mostró que en general, los niños nacidos por FIV tienen con mayor frecuencia necesidad de los servicios de centros de rehabilitación respecto a la población normal y el riesgo (OR) de parálisis cerebral es de 3.7. La mayor diferencia se observa entre los nacidos únicos, mientras que el riesgo para los nacidos gemelos es similar al de la población normal. En un estudio australiano, el 8,6% de los niños nacidos por FIV tenía defectos mayores en el nacimiento, el doble de los controles (KOREN, G. Adverse effects of assisted reproductive technology and pregnancy outcome, “Pediatric Research” 2002). El riesgo de tener un hijo con discapacidad es aproximadamente del 11% tras la FIV, respecto al 5% después de la concepción normal (Neurological sequelae and major birth defects in children born after in-vitro fertilization or intracytoplasmic sperm injection, “European Journal of Pediatrics” 2003; 162:64)... Incluso en el caso de concepción de un hijo único, la tasa de riesgo para su salud, si nace de una fecundación *in vitro*, es mayor que para la población normal. Un reciente análisis de 25 estudios científicos publicado en el British Medical Journal así concluye: “Los embarazos individuales generados por FIV tienen un resultado perinatal significativamente peor respecto a los normales”, si bien añade que “en los embarazos gemelares, la mortalidad perinatal es aproximadamente un 40% más baja después de la FIV en comparación con la concepción natural” (HELMERHORST, Frans M. et al. Perinatal outcome of singletons and twins after assisted conception: a systematic review of controlled studies, “BMJ” 2004; 328:261). La inyección intracitoplasmática de espermatozoides puede aumentar el riesgo del déficit del *“imprinting”* (COX, G. F. et al., Intracytoplasmic sperm injection may increase the risk of imprinting defects, “Am. J. Hum. Genet.” 2002;71:162-4). FEINDENBERG y DE BAUN, de la John Hopkins University, se que-

póreamente<sup>330</sup>. Según datos recientes, el 7,4% de los niños nacidos por ICSI tienen **defectos congénitos** que exigen terapia continuada o suponen una limitación permanente; el 0,8% (cuatro veces la probabilidad natural) presentan **aberraciones en los cromosomas sexuales**<sup>331</sup>. En Francia, el COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL DE ÉTICA concluye, en un informe que revisa las investigaciones realizadas en los últimos años, que el **riesgo de malformaciones congénitas** en los niños concebidos por FIVET (2,4%) es el doble que en los embarazos naturales<sup>332</sup>. Otro importante estudio<sup>333</sup>

daron impresionados por el hecho de que el 4,6% de sus pacientes con síndrome de Wideman-Beckwith habían sido concebidos por FIV (la enfermedad está presente en un nacido de cada 15 mil). Más recientemente, cinco niños holandeses concebidos por FIV han presentado retinoblastoma, un cáncer infantil de la retina que aparece en un nacido de cada 17 mil. Algunos investigadores temen que aumentar la duración de la incubación pueda comprometer el desarrollo, como han observado los estudios en ratones. “Estamos usando a los humanos como cobayas”, sugiere Kelly MOLEY, que estudia embriones de ratón pre-implantación en la Universidad Washington en St. Louis (POWELL, K. *Seeds of doubt*, “Nature” 2003; 422:656-9). Cfr. Los riesgos de la procreación artificial para el niño: Entrevista de la Agencia Zenit al doctor Carlo Bellieni, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS04060209, www.zenit.org

<sup>330</sup> “Un estudio llevado a cabo por un **equipo de científicos en Suiza** ha señalado el riesgo de contraer alguna enfermedad cardiovascular por parte de aquellos niños que han **nacido por fecundación *in vitro***, ya que en estos niños las arterias presentan características que los hacen más propensos a este tipo de enfermedades, mientras que los niños nacidos de manera natural no presentan dicha característica en las arterias. Para realizar esta investigación se estudiaron y compararon las arterias de 65 niños con una media de 11 años concebidos mediante fecundación *in vitro* y 54 niños concebidos de forma natural. Como conclusión del estudio se observó que los niños concebidos mediante técnicas *in vitro* presentaban un 20% menos de capacidad de vasodilatación de las arterias, un 17% más de rigidez de las arterias y un 34% más de estrés oxidativo en estas que los niños concebidos de manera natural. Todos estos datos son indicativos de una mayor propensión a **enfermedades relacionadas con el corazón**. El estudio fue presentado al congreso de la European Society of Cardiology, que ha tenido lugar en la ciudad de Barcelona, donde se habló de la latente **disfunción cardiovascular** relacionada a los niños nacidos por **fecundación *in vitro***. Cfr. Un estudio indica que los niños concebidos mediante fecundación *in vitro* presentan mayor riesgo de padecer una enfermedad cardiovascular, en “Reproducción Asistida”. 31/08/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/los-ninos-nacidos-por-fecundacion-in-vitro-tendrian-mas-problemas-cardiovasculares-que-los-nacidos-de-manera-natural/>

<sup>331</sup> Cfr. La reproducción asistida en cifras... ibídem.

<sup>332</sup> Cfr. La reproducción asistida en cifras... ibídem.

<sup>333</sup> El estudio fue realizado por Kathy HUDSON -directora del Genetic and Public Po-

identificó **problemas neonatales, malformaciones<sup>334</sup>, anomalías genéticas, cáncer infantil y problemas de salud física y psíquica durante el primer año de vida** de niños concebidos extracóreamente.

En cuanto a los daños a su salud psicológica, un reciente libro publicado por el prestigioso psiquiatra francés Benoît BAYLE<sup>335</sup>, permite reflexionar sobre los riesgos a largo plazo para los niños nacidos de fecundación “*in vitro*”, a causa del “síndrome del superviviente” que padecen muchos de ellos<sup>336</sup>. Otro estudio evaluativo<sup>337</sup> de los efectos a largo plazo de las tecnologías de repro-

licy Center de la Universidad de Johns Hopkins de Baltimore- junto con un importante grupo de expertos. Cit. por Posibles efectos secundarios de las técnicas de reproducción asistida, en “Provida Press” N° 182, 28/01/05. [www.notivida.com.ar](http://www.notivida.com.ar)

<sup>334</sup> Se detectó una “incidencia sugestiva, pero no suficiente, para concluir que se pueden asociar con dos tipos de malformaciones: el síndrome de Angelman (un trastorno neurológico) y el síndrome de Becwith-Wiedemann (un síndrome caracterizado por tener trastornos en diversos órganos, una lengua de mayor tamaño de lo normal y también mayor tamaño de su cuerpo). El riesgo de padecer estos trastornos aumentó entre 3 y 9 veces, pero en cifras reales 1 entre 12.000 nacidos para el síndrome de Angelman y 1 entre 14.000 para el de Becwith Wiedeman”. Cit. por Posibles efectos secundarios de las técnicas de reproducción asistida, en “Provida Press” N° 182, 28/01/05. [www.notivida.com.ar](http://www.notivida.com.ar)

<sup>335</sup> Cfr. BAYLE, Benoît, L'embryon sur le divan. Psychopathologie de la conception humaine (El embrión en el diván. Psicopatología de la reproducción humana), (París, 2003). Cit. por Los riesgos de la procreación artificial para el niño: Entrevista de la Agencia Zenit al doctor Carlo Bellieni, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS04060209, [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

<sup>336</sup> Esta patología, verificada en primer lugar en los supervivientes de los campos de concentración, se manifiesta con sentimiento de culpa (“otros han muerto para dejarme vivir”) o sentido de omnipotencia (“lo he conseguido porque soy indestructible”). Sus padres le han deseado hasta el punto de sacrificar otros niños para su venida. Si él ha quedado con vida, si es elegido, ¿no es señal de que vale más que los demás, esto es, que aquellos que no han sobrevivido? El niño sometido al deseo de otros es un niño omnipotente a quien tal vez es difícil poner límites. Sus padres, antes o después de él, han suprimido uno o más “niños”, a fin de cuentas por deseo de él, para que él pudiera vivir. ¿Cuánto vale entonces él, por quien tal sacrificio se ha consumado? Cfr. Los riesgos de la procreación artificial para el niño... ibídem.

<sup>337</sup> El estudio comparó 51 niños israelíes en edad escolar, concebidos por fecundación *in vitro* (FIVET) con 51 niños israelíes concebidos espontáneamente. La evaluación incluyó una evaluación médica completa, un examen psicológico, informes de los profesores, de los padres, y auto-informes de los niños. Cfr. LEVY-SHIFF, R.; VAKIL, E.; DIMITROVSKY, L.; ABRAMOVITZ, M.; SHAHAR, N.; HAR-EVEN, D.; GROSS,

ducción artificial mostró que los niños concebidos mediante FIVET obtuvieron puntuación más baja de los maestros al medir su **ajuste socioemocional en la escuela** y sobre las medidas de autoinforme de **ansiedad, agresión, y depresión**. Entre los niños concebidos por FIVET también se evidenció una tendencia a mayor riesgo de trastornos emocionales, agravada entre los varones y entre los niños cuyos padres eran de edad avanzada. Asimismo se han estudiado las secuelas psicológicas en los hijos de donantes de esperma<sup>338</sup>.

Cabe destacar que “el “Defensor de la Infancia” creado por el gobierno francés ha pedido una moratoria para la técnica ICSI, que resulta ser la más utilizada, por los riesgos que plantea. Incluso el ministro de Salud François MATTEI ha hablado contra este “encarnizamiento procreador” y el Comité Ético Nacional francés es de la misma opinión”<sup>339</sup>.

S.; LERMAN, M.; LEVY, I.; SIROTA, L.; FISH, B., Medical, cognitive, emotional, and behavioral outcomes in school-age children conceived by in-vitro fertilization (Manifestaciones médicas, cognitivas, emocionales y conductuales en niños en edad escolar concebidos por fertilización *in vitro*), en “Index Copernicus Journals Master List”, 27(3):320-329 ICID: 574276, 1998. <http://journals.indexcopernicus.com/abstracted.php?level=5&icid=574276>. Traducción propia.

<sup>338</sup> Un estudio de la Comisión sobre el Futuro de los Padres, llamado “El nombre de mi padre es Donante” halló que los hijos de donantes de esperma son más traumatizados y proclives a la depresión que el resto y recomendó que se ponga fin a las donaciones anónimas de esperma. En EEUU se han organizado y reclaman su derecho a tener identidad. Cfr. El drama de los hijos de donantes de esperma, (19/08/10) Diario Los Andes, en <http://www.losandes.com.ar/notas/2010/8/19/drama-hijos-donantes-esperma-509366.asp>

<sup>339</sup> Para ello se han fundado en que “la fecundación “in vitro” es una técnica “en trámite”. Hay que usar espermatozoides a menudo alterados, a veces introduciéndolos directamente en el citoplasma de la célula huevo íntegramente (ICSI), cosa que no ocurre en la naturaleza. Un último interrogante que en muchos se suscita: al generar hijos con espermatozoides ineficaces, ¿no les condenamos tal vez a ellos mismos a tener que recurrir en el futuro a la procreación artificial, en el caso no improbable de que heredasen la misma alteración de los espermatozoides paternos? En conclusión podemos afirmar que se está procediendo hacia una preocupante trivialización de la concepción: los métodos actualmente en uso para la FIV no están exentos de riesgos para el “nasciturus”. La prematuridad y la gemelaridad inducidas por la FIV son un riesgo. Un riesgo es también la FIV misma. ¿Se puede correr o habrá que suspenderla hasta su perfeccionamiento?” Los riesgos de la procreación artificial... *ibidem*.

## 6. Conclusión

1. Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea manipulan a la persona humana como si fuera una cosa, sometida a un proceso de tipo eminentemente técnico-instrumental: disponibilidad total respecto del fin; dominio absoluto del técnico sobre el medio; control de calidad de los resultados; eficiencia cuantitativa como medida de la perfección del proceso<sup>340</sup>.

2. Las técnicas conllevan las siguientes violaciones a la dignidad de la persona humana: **“criopreservación”** (es decir, congelamiento a 196° en nitrógeno líquido, previa inyección de “crioprotectores”), **manipulación embrionaria** (que se evidencia, v.gr., en la técnica ICSI), **selección eugenésica preimplantacional de embriones mediante Diagnóstico genético preimplantacional (DGPI) y Diagnóstico genético prenatal (DGP)**, **reducción embrionaria, descarte de embriones**.

3. Con estas técnicas se atenta directamente contra la vida humana.

4. Éstas y otras razones aludidas en este capítulo y el anterior fundamentan el juicio moral negativo sobre ellas.

5. La solución al problema del recurso a las técnicas, además de la condena moral de éstas, pasa por reintroducir en nuestra sociedad las preguntas fundamentales sobre el hombre y la educación de las conciencias -sobre todo de los jóvenes-.

6. El ordenamiento jurídico –que analizaremos en los siguientes capítulos- deberá conformarse al orden natural, a la verdad sobre el hombre y por ende, al juicio verdadero que haga la razón humana sobre estas técnicas.

<sup>340</sup> Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., Tecnociencia, eticidad y fecundación “in vitro”, en “Sapientia”, 1989, vol. XLIV. Cit. por QUINTANA, Eduardo M., Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida, en “El Derecho”, 147-847.

## Capítulo IV

### ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

#### 1. Introducción

En el capítulo anterior se ha analizado la valoración moral que amerita el fin, las circunstancias o el modo en que se decide procrear. Además de ello, esta decisión puede encerrar injusticias si priva a algunas personas de aquello que les corresponde. En concreto, si ataca su dignidad, expone a graves peligros su vida, su integridad física, su dignidad o su vínculo familiar<sup>341</sup>.

Por lo tanto, sentados los errores antropológicos subyacentes a las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y su inmoralidad, y a la luz del principio de subalternación de los saberes, eje de esta obra, cabe preguntarse qué actitud ha adoptado el jurista argentino, en especial el legislador, frente a esta realidad.

#### 2. ¿Qué es el derecho?

Compartimos la posición del Aquinate en cuanto sostiene que el derecho, en su primera y principal acepción, no es la ley<sup>342</sup>. Porque el derecho (lo justo, la cosa justa) se da en el orden real-social, en el entrecruzarse de reales conductas, mientras que la ley<sup>343</sup> es

<sup>341</sup> MORELLI, Mariano, *Procreación Artificial. Justicia y Panorama jurídico internacional*, en <http://dc112.4shared.com/doc/yZeOmF2X/preview.html>

<sup>342</sup> La ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, II-II, q. 57, a 1, ad. 2.

<sup>343</sup> “En la concepción de Santo Tomás, la ley es uno de los medios que le sirven al hombre para alcanzar su fin propio. El Aquinate define la ley en general como “cierta regla y medida de los actos, según la cual uno es inducido a obrar, o es apartado de obrar” (I-II, 90, 1c.)... Ahora bien, el adecuar un medio hacia un fin es propio de la razón. Por consiguiente, el contenido de la ley es efecto de la razón del legislador, y no de su pura voluntad. La ley, cualquiera sea su especie, y cualquiera sea el legislador, es una ordenación de la conducta, que es determinada por la razón (I-II, 90, 1 c.).

un ente intencional o ideal, que sólo existe en la razón práctica, aunque objetiva y no subjetivamente (porque la norma es obra de la razón, pero fundada en la realidad). Y es razón del derecho porque es su modelo o causa ejemplar: la preexistencia mental de lo que debe realizarse en las conductas sociales<sup>344</sup>.

Consideramos, por lo tanto, al derecho como término análogo<sup>345</sup>, cuyo analogado principal es “lo justo”<sup>346</sup>, y cuyos analogados de atribución intrínseca<sup>347</sup> son la ley jurídica, la sentencia<sup>348</sup>, y el derecho subjetivo<sup>349</sup>. La razón por la cual lo justo es el analogado principal es la consideración del fin de los analogados de atribución intrínseca. En efecto, si bien su fin último es el bien común social, su fin inmediato es el reparto de lo que le corresponde a cada uno, lo suyo, lo justo: tal es el analogado principal.

Santo Tomás definió la ley, en una fórmula que se ha hecho célebre, como “ordenación de la razón, dirigida al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (I-II, q. 90, a.4 in c.). La ley natural es una “participación de la ley eterna en la criatura racional” (I-II, 91, 2 c.). Esta participación es doble, pues tiene lugar en el intelecto, que conoce los principios y normas del obrar y también en las inclinaciones. La ley natural no sólo incluye deberes de justicia, sino que consiste en una regulación completa de la vida moral”. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico... *ibidem*.

<sup>344</sup> Cfr. CASAUBÓN, Juan A., Actitudes gnoseológicas... *ibidem*, págs. 29-39.

<sup>345</sup> Término análogo es el que designa entes esencialmente distintos entre sí pero a su vez semejantes y similares.

<sup>346</sup> Derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, II-II, Q. 57, 1.

<sup>347</sup> En la analogía de atribución, la razón análoga se encuentra realizada en forma perfecta y completa sólo en un ente (analogado principal) que comunica a otros (analogados derivados) la semejanza. El término se aplica de manera propia y formal sólo a una cosa. En la analogía de atribución intrínseca, un ente comunica a otros parte de su realidad, en tanto en la analogía de atribución extrínseca, el ente comunica a otros sólo el nombre. Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo (Buenos Aires, 2008). Edit. EDUCA. Cap. I.

<sup>348</sup> Entendida como norma individual con eficacia para los litigantes de ese caso concreto.

<sup>349</sup> Concebido como facultad o potestad subjetiva para actuar en reconocimiento de lo que le es debido por otro, de lo que le corresponde, de lo suyo.

### 3. Ley natural y positiva

A lo que es justo por naturaleza (derecho natural<sup>350</sup>) corresponde la ley natural<sup>351</sup> (en sus preceptos jurídicos, pues incluye otros meramente morales); a lo justo positivo (derecho positivo) corresponde la ley positiva, o algo que haga sus veces, como un convenio. En cuanto al derecho positivo, como contenido de la ley positiva humana, puede obtenerse de dos maneras: 1) por deducción a partir de la ley natural<sup>352</sup>; 2) por determinación, en aquello que la ley natural ha dejado indeterminado<sup>353</sup>.

En el caso que nos ocupa –técnicas de fecundación artificial extracorpórea– la necesidad de su prohibición por parte de la ley positiva se da porque éstas violan la primera y básica tendencia de la ley natural a conservar el ser, y la tendencia a la convivencia social, sin dañar a los convivientes<sup>354</sup>. Además las técnicas aten-

<sup>350</sup> Cabe distinguir así entre la ley (natural o positiva) y el derecho (“la misma cosa justa”) natural o positivo. Algo es justo por naturaleza si se ajusta a otro por razón de la naturaleza misma humana o de las cosas. Algo, en cambio, es justo positivamente si ese ajuste respecto del otro surge de una ley positiva o de un contrato.

<sup>351</sup> Como explicamos en el capítulo anterior, la ley natural, en sus primerísimos principios es captada por nuestro intelecto práctico mediante el hábito de la sindéresis. El hábito de la sindéresis es un conocimiento inmediato, como el que, en lo especulativo, tenemos del principio de no contradicción. Comprende también todo lo deducible de ello; y como el bien es lo que todos apetecen, de las **tendencias apetitivas** del hombre pueden obtenerse otros tantos grupos de preceptos de la ley natural. Afirma el Aquinate que todas las cosas hacia las cuales el hombre tiene una inclinación natural, son aprehendidas naturalmente por su intelecto como buenas, y de necesaria realización, y las cosas contrarias como malas y vitandas. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural se corresponde con el orden de las inclinaciones naturales (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q 94, a 2 c.).

<sup>352</sup> Así tenemos el derecho positivo por accidente, dado que lo esencial en él es de derecho natural (casi todo el derecho penal, y buena parte del civil, en cuanto tiene contenido moral). Cfr. CASAUBÓN, Juan A., Actitudes gnoseológicas... *ibidem*, págs. 29-39

<sup>353</sup> Entonces es derecho positivo de por sí (como el apelar en tal o cual plazo, o necesitarse tantos testigos para un acto notarial). Cfr. CASAUBÓN, Juan A., Actitudes gnoseológicas... *ibidem*, págs. 29-39.

<sup>354</sup> Tiene el hombre, en primer lugar, una tendencia que le es común a todos los entes: la de perseverar en el ser. De aquí resultan todos los preceptos que prohíben y castigan el homicidio, así como todo aquello que tiende a perjudicar esa existencia,

tan directamente contra la dignidad ínsita de todo ser humano.

Al afirmar, en el párrafo anterior, que es “necesaria” la prohibición por parte de la ley positiva de estas técnicas, alguno podría preguntarse: ¿La ley positiva debe disponer todo lo que ordena la ley natural? ¿La ley positiva debe prohibir todo lo que prohíbe la ley natural? La respuesta es negativa<sup>355</sup>. Pero respecto del tema que nos ocupa, dado que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea afectan el bien común<sup>356</sup>, el orden público, y violan los derechos fundamentales de la persona humana (en especial el pri-

ya física, ya moralmente. Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea violan este primer y fundamental principio de la ley natural, como quedó demostrado en el capítulo anterior. En segundo lugar, se da en el hombre una tendencia que le es común con todos los animales; la de la unión del varón y la mujer, la procreación y la educación de los hijos. Pero esta tendencia, al igual que la primera, está en el hombre iluminada por la racionalidad, por tanto esa unión y procreación debe hacerse en forma de matrimonio monogámico e indisoluble, para bien de los esposos mismos, de sus hijos y de la comunidad política de la que las familias son células primarias. Resultan contrarias a este primer principio las técnicas de fecundación artificial extracorpórea heterólogas. En tercer lugar, tiene el hombre una tendencia que le es propia, y que dimana de su diferencia específica, la racionalidad. Por ello, el hombre tiende a conocer la verdad, hasta llegar a la Verdad Primera, Dios, y a convivir en sociedad, sin dañar a los convivientes. Y de aquí nacen los preceptos que tienden a hacer respetar el conocimiento de la verdad y de Dios, y los que prohíben dañar a los convivientes, preceptos éstos que se violan respecto de las personas por nacer producto de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, tal como se probó en el acápite “2.5. Hombre, animal social y político” del capítulo III.

<sup>355</sup> Al respecto Santo TOMÁS señala que la ley humana (positiva) no puede prohibir todo aquello que prohíbe la ley natural, ni prohibir todos los vicios de los que se abstiene un hombre virtuoso, sino sólo los más graves, especialmente aquellos que son en perjuicio de los demás, v.gr. los homicidios, los hurtos y otros semejantes. La ley humana se impone a una multitud de hombres en la que la gran mayoría es de imperfectos en la virtud. Por eso, la ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que causan perjuicio a los demás, y sin cuya prohibición la sociedad humana no podría conservarse. Así, la ley humana prohíbe el homicidio, el robo y otros males semejantes (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q 96, a 2). Del mismo modo, la ley humana (positiva) no ordena todos los actos de todas las virtudes, sino sólo aquellos que se dirigen al bien común, sea de manera inmediata o mediata (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q 96, a 3).

<sup>356</sup> Cfr. acápite “2.5. Hombre, animal social y político” del capítulo III.

mario bien de la vida<sup>357</sup>, la dignidad<sup>358</sup> y consecuente igualdad ante la ley), la ley positiva -que tiene como función su reconocimiento y garantía<sup>359</sup>- debe prohibirlas<sup>360</sup>.

#### 4. Legislación vigente en Argentina

El ordenamiento normativo jurídico argentino, además de ser uno –en parte natural y en parte positivo<sup>361</sup>-, es **jerárquico**<sup>362</sup>: el

<sup>357</sup> Cfr. acápite “4. Muerte de embriones” del capítulo III.

<sup>358</sup> Cfr. acápite “2.4.1. Dignidad personal” del capítulo III.

<sup>359</sup> Cfr. HERRERA, Daniel Alejandro. La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la Evangelium Vitae, en “El Derecho. Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal”, 07/07/08, N° 12.043.

<sup>360</sup> Reiteramos, el fundamento o justificación racional de todo lo dicho es la conformidad que existe entre la ley positiva y la ley natural, conformidad entre el núcleo de primeros principios prácticos que constituye el contenido de la ley natural que conocemos en forma evidente mediante el hábito intelectual (del intelecto práctico) de la sindéresis, que le da su validez a todo el orden moral y jurídico, y su concreción mediante la positivización propia del derecho positivo que completa y complementa esos principios generales con las situaciones particulares y concretas que éste regula. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q 91, a 3 y q 94, a 2.

<sup>361</sup> Dado que es falsa la “doctrina de los dos círculos”, que sostiene que el derecho natural sería un círculo separado del derecho positivo, el derecho argentino en sentido normativo, es uno, en parte natural y en parte positivo (Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Ensayo de una radiografía del garantoabolucionismo (Primera aproximación), Conferencia dictada en el II Congreso de Filosofía del Derecho, Jornadas de derecho natural, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2-5/09/09). El derecho natural es algo propiamente jurídico, no sólo moral. Por tanto, el derecho no es exclusivamente el derecho positivo (Cfr. MONTEJANO, Bernardino (h), Poder jurídico... *ibidem*). Si el derecho lo conocemos a partir de la experiencia (todo lo que hay en el alma tiene que haber pasado antes por los sentidos, ya que la experiencia es el punto de partida de todo conocimiento humano, pues es el primer contacto que tiene el hombre con la realidad. La experiencia entendida como acto es el contacto directo e inmediato con la realidad que se presenta como fenómeno concreto. En este sentido, hablamos de experiencia como percepción, ya que la percepción es el acto de la experiencia. Cfr. LAMAS, Félix A., La experiencia jurídica... *ibidem*) -tal como afirmamos en el capítulo I- y no de una idea a priori, esa experiencia nos muestra que el derecho natural y el derecho positivo se encuentran presentes como partes incompletas de un único derecho (Cfr. MONTEJANO, Bernardino (h), Poder jurídico... *ibidem*).

<sup>362</sup> Para ilustrar el orden de prelación de las distintas normas que componen el ordenamiento normativo jurídico (el derecho normativo), su unidad y sus relaciones, podemos ubicar en el nivel superior o “1”, el primer principio del orden jurídico: “dar a

cada uno lo suyo". Debajo, a nivel "2", los principios segundos, que están dentro de "los primeros" en sentido amplio (v.gr. "no dañar a otro", "cumplir lo pactado", "obedecer a la autoridad", "subordinar las cosas a las necesidades del hombre"), o las consecuencias, que son principios inferidos de otros principios (en ese sentido las consecuencias son principios y a la vez principiados. Las consecuencias equivaldrían a lo que TOMÁS DE AQUINO llama "derecho natural secundario". La indisolubilidad matrimonial y la propiedad privada serían de este orden, secundarios o conclusiones, en cambio la unidad matrimonial –es decir, que el matrimonio sea de hombre y mujer, y de uno con una-, derecho natural primario, al igual que el derecho del hombre al "uso" de los bienes, en el sentido de derecho subjetivo). También se debería incluir en este nivel "2" lo que suele llamarse "derecho natural terciario", donde el Dr. HERNÁNDEZ -a quien seguimos en este desarrollo- ubica las normas sobre prohibición de la contracepción y el tema que nos ocupa: fecundación artificial extracorpórea. Hasta este nivel "2" se trata de normas jurídicas universales, que rigen en todos los Estados aunque no sean reconocidas por los legisladores. A partir de aquí se indican normas no universales, sino generales de un país determinado. En el nivel "3" se ubica la Constitución tradicional del Estado, que es derecho positivo. En el caso argentino, se incluyen las declaraciones de la Independencia del 9 y 19 de julio de 1816 ("libres e independientes de los Reyes de España y su metrópoli" – día 9 - "y de toda otra dominación extranjera" – día 19), y la línea de los pactos federales con que se organizó el Estado. En este sentido, el Dr. HERNÁNDEZ, siguiendo al publicista hispano GARCÍA PELAYO, define al constitucionalismo clásico como el que "concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos" (Derecho Constitucional comparado); de acuerdo con este pensamiento, se ve la vida de la comunidad política en dependencia de un texto escrito, que se tiene como garantía de los derechos humanos, radicados en los individuos y solamente en los individuos, visión universal e intemporal del derecho, que se reputa válida para todos los países con independencia de toda concreción patria propia. Este constitucionalismo parece rechazar la construcción de una ciencia del derecho constitucional enraizada en la cultura y tradición propias de un pueblo, en lugar de concepciones abstractas y universales. Y características de tal constitucionalismo son el individualismo –los Estados se integran solamente de individuos- y una axiología que pone la libertad del individuo como el valor político más alto. Además, dicha concepción liberal e iluminista de la Constitución supone "una especie de deificación de la Constitución". Y opone al constitucionalismo clásico de raíz iluminista y racionalista otro constitucionalismo que es necesario concebir, en fidelidad a la cultura argentina. "La Constitución de un país no es creación en un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formadas lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa. En cuanto que cada pueblo es una individualidad, es claro que la ordenación constitucional ha de responder al espíritu o al carácter nacional". Es decir que cabe reconocer que "hay una Constitución no escrita, una supralegalidad que no es la Constitución nacional escrita pero que tampoco es la supralegalidad del derecho natural, sino que es derecho positivo. Y que toda interpretación debe sujetarse obviamente al derecho natural, pero también a

derecho natural está por encima de la Constitución<sup>363</sup>. Esto es afirmado por la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853, cuyo Informe señaló que "los derechos de los hombres que **nacen de su propia naturaleza... forman el derecho natural** de los individuos y **de las sociedades**, porque **fluyen de la razón** del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a

dicha supralegalidad positiva. Y que dentro de ella se incluye el federalismo, la protección de la familia, el reconocimiento y protección de la religión y también la soberanía política" (HERNÁNDEZ, Héctor H., Derecho natural y constitucionalismos – Algunos aspectos. Cit. por TALE, Camilo, Reseña del II Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política y V Jornadas Nacionales de Derecho Natural, realizado en San Juan del 3 al 5 de setiembre de 2009, en "El Derecho", 18/11/09). En el nivel "4" se halla la Constitución escrita, con sus reformas. Que la Constitución no escrita tenga superioridad sobre la escrita lo indican los constitucionalistas que hablan de la tradición constitucional incorporada a la Constitución escrita, o de "cláusulas pétreas" de esta última que no pueden reformarse, por ejemplo la religión y el federalismo. En el nivel "5", el derecho común o infraconstitucional. En este nivel se incluyen tanto las leyes de fondo como las procesales, en clara dependencia las segundas de las primeras. Y a nivel "6", la decisión prudencial judicial, es decir las "sentencias" o "resoluciones judiciales" en general. Los niveles superiores gravitan con su peso sobre los niveles inferiores, y le dan fundamento. Cualquier norma que esté en los niveles inferiores y no respete los superiores no tiene, entonces, justificación. Este ordenamiento normativo jurídico se apoya en el mundo real, donde se encuentran las personas, las conductas jurídicas, las cosas. El conocimiento ético-jurídico-normativo incide en la realidad a través del acto prudencial.

Por su parte, más arriba del ordenamiento normativo jurídico y separado de éste se encuentra la ley eterna, de la cual depende la ley natural y todo el orden normativo-ético-jurídico verdadero (Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Derecho. 2 Conocimiento... ibidem). La ley eterna se identifica con Dios, y cualquier pretendida norma de conducta humana será tal sólo si es participación de ella. TOMÁS DE AQUINO (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, I-II, q 91, a 1) dice, al referirse a la ley eterna, que es la razón del gobierno de todas las cosas, existente en Dios como en supremo monarca del universo, y que tiene carácter de ley.

Por ello consideramos que las expresiones "Ley Suprema de la Nación" o "Carta Magna", referidas a la Constitución Nacional, deben entenderse a la luz de lo explicado sobre la jerarquía del ordenamiento normativo jurídico.

<sup>363</sup> "Nuestra Constitución Histórica reconoce al derecho natural como presupuesto de toda su normativa". RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, El derecho a nacer, en "El Derecho", 96-861. Cfr. RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, Agresiones contra la vida inocente en el mundo contemporáneo, (Buenos Aires, 11/07/07). Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Edición de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.



alcanzar” (el resaltado es nuestro)<sup>364</sup>. Por otra parte, los derechos constitucionales que consagra nuestra Constitución en su “Parte Dogmática” y, desde la reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 22, tienen, en la jurisprudencia de la Corte Suprema -intérprete última de la Constitución- un sentido marcadamente “iusnaturalista”<sup>365</sup> ya que en las expresiones utilizadas por la Corte<sup>366</sup> se aprecia la concepción de que el ordenamiento jurídico **no es constitutivo** o creador de tales derechos –al decir de Javier HERVADA<sup>367</sup>-, sino que, reconociendo la intrínseca validez de éstos (en razón del referido *status* eminente de las personas, en cuya

<sup>364</sup> Cfr. Punto II del Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853. En *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Recopilación, notas y estudio preliminar de SAMPAY, Arturo E., (Buenos Aires, 1995). Edit. Eudeba. Pág. 391. Cit. por GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2º edic. ampliada y actualizada, (Buenos Aires, 2003). Edit. La Ley. Pág. 300.

<sup>365</sup> Cfr. RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Los derechos constitucionales como “derechos naturales”: el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio*, en “Jurisprudencia Argentina” 1999-IV-1200.

<sup>366</sup> En efecto, a juicio del Alto Tribunal dichos derechos aludirían a ciertos bienes **inherentes**, esto es, **connaturales, a todo ser humano**. Estos derechos constitucionales son derechos “**naturales**”, “**anteriores**” o “**preexistentes**” al ordenamiento jurídico; “**superiores**” a toda norma positiva a los que ningún sistema jurídico puede o debe desconocer. La Corte Suprema emplea frecuentemente otras expresiones para referirse al derecho natural como la de derechos “**inherentes**”; “**sustanciales**”; “**esenciales**”; “**superiores**”; “**fundamentales**”; la ya muy divulgada de “**derechos humanos**” o, en fin, cuando el Tribunal señala que los derechos constitucionalizados han sido “**reconocidos**” por la Ley Fundamental, es decir, que no tienen su origen o que no han sido creados por ésta.

El empleo **expreso** de la voz “**derecho natural**” por la Corte entre 1888 y 1980 se da sólo en **6** oportunidades, en los siguientes casos: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Municipalidad de la Capital v. Isabel A. de Elortondo, 14/04/1888; in re Enrique Gavier v. Carlos Tillard s/uso de agua del Río Primero, 08/03/1890; in re Rojo, Elba Lillo s/adopción, 28/11/1949; in re Cullen, José María (h.) s/desacato, 01/06/50; in re Marcelo Sánchez Sorondo s/amparo, 30/04/68; in re Treviranus, Mónica A. s/adopción, 13/04/73. Por el contrario, a partir de 1980 y hasta 1999, la Corte lo emplea **9 veces**: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Müller, Jorge, 13/11/90; in re Ekmekdjian c/ Sofovich, 07/07/92; in re Bahamondez, Marcelo, 06/04/93; in re Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe, 06/10/94; in re URTEAGA, Facundo R., 15/10/98; entre otros fallos. Cit. por RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Los derechos constitucionales como “derechos naturales”...* *ibidem*.

<sup>367</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, (Pamplona, s/f), Edit. Eunsa, págs. 177/181. Cit. por RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Los derechos constitucionales como “derechos naturales”...* *ibidem*.

virtud éstas devienen acreedores de dichos derechos), los dota de una vigencia histórica, es decir, los positiviza en un momento y de una manera determinada.

La Reforma de 1994, que constitucionalizó algunos tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos<sup>368</sup> enumerados expresamente en el texto constitucional, y otros que en el futuro así sean calificados por el Congreso con la mayoría especial del art. 75, inciso 22<sup>369</sup>, se ubica en la misma línea de reconocimiento del derecho natural como presupuesto de sus disposiciones<sup>370</sup>, tal como lo iremos mostrando en el presente capítulo.

<sup>368</sup> El nuevo artículo 75, en sus incisos 22 y 24, regula el régimen de los tratados internacionales en tres categorías: a) tratados y concordatos con jerarquía superior a las leyes, cualquiera sea su contenido o naturaleza (art. 75 inc. 22 1º parte); b) tratados de integración (art. 75 inc. 24), es decir, que por su materia regulan e instituyen un sistema de integración –política, social, económica, jurídica- entre nuestro país y otro u otros. Además de tener jerarquía superior a las leyes, pueden delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, y las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes; c) es la primera en importancia: grupo de tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22), que no sólo tienen jerarquía superior a las leyes, como cualquier tratado, sino que gozan de jerarquía constitucional.

<sup>369</sup> Respecto de los tratados que en el futuro sean así calificados por el Congreso, debe tenerse en cuenta el principio de progresividad al que aludiremos más adelante.

<sup>370</sup> El régimen jurídico de tratados internacionales del art. 75 inc. 22 es el siguiente: a) Tienen rango constitucional; b) Rigen en las condiciones de su vigencia; c) Son complementarios -y por ende, no derogan-, los derechos y garantías incluidos en la parte dogmática de la Constitución Nacional; d) Los derechos enunciados en estos tratados son complementarios entre sí.

Las “condiciones de vigencia” de un Tratado para un país, dependen del contenido de las “declaraciones interpretativas” y “reservas” que éste pudiera haber formulado al Tratado o Convención. Las condiciones de vigencia, según lo dispone la Convención de Viena sobre los Tratados, están integradas por las reservas que el Estado-parte formula. Ambas –reserva y declaración interpretativa – son declaraciones unilaterales. La diferencia entre una y otra consiste en que la declaración tiene por objeto expresar una definición o definir el alcance de una cláusula del Tratado para un país. Si esta declaración es condición de adherir al Tratado, se entiende que tiene una semejanza mayor con la reserva, y se la denomina interpretación condicional. Mientras tanto la reserva es una declaración unilateral que tiene por intención modificar los efectos jurídicos de un Tratado o una cláusula del mismo para un país. Respecto a si el régimen jurídico de las “reservas” es aplicable o no a las “declaraciones interpretativas”, la Comisión Internacional de Derecho, emanada de los Convenios de Viena, resolvió que “reservas” y “declaraciones interpretativas” tienen el mismo régimen jurídico (cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 51 periodo de sesiones, 3 de mayo-23 de julio de 1999, (Nueva York, 1999). Edit. Naciones Unidas. Pág. 194).

Por lo tanto, las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina.

Acerca del significado de la cláusula contenida en el art. 75, inc. 22, respecto de que los tratados rigen “en las condiciones de su vigencia”, existen diversas interpretaciones doctrinarias: a) Las “condiciones de vigencia” se refieren a la interpretación dada por los organismos de aplicación del tratado. Quienes siguen esta postura tienden a citar la jurisprudencia de la Corte (interpretación dinámica) y omitir la mención del debate de la comisión constituyente (v.gr. excluyen la interpretación acorde a la intención del texto según la *intentio auctoris* o de acuerdo con la voluntad del legislador). b) Las “condiciones de vigencia” se refieren –según el sentido dado por el Constituyente – al tratado tal como fue incorporado al derecho argentino, con sus reservas y declaraciones interpretativas.

El Dr. BARRA, corredactor de esta cláusula, explica que había dos posiciones claramente diferenciadas en el debate de la Convención Constituyente: la de quienes sostenían que el Tratado regía por sí mismo, con independencia de las reservas, y la de quienes entendían que aquellas integraban la vigencia del tratado. Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional... *ibidem*, Pág. 30 ss. Resulta evidente para el autor que la Constitución, en el art. 75 inc. 22, cuando utiliza la expresión “en las condiciones de su vigencia”, se refiere a la vigencia del tratado en el derecho internacional, y así, en esas condiciones, los tratados gozan de jerarquía constitucional. Esta es la doctrina de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en la causa Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, causa n° 32/93 del 7/4/1995, donde señala que dicha jerarquía constitucional del tratado en las condiciones de su vigencia lo es “tal como (el tratado) rige en el ámbito internacional” (cons. 11), es decir, según como obliga a la Argentina en el ámbito internacional, con las reservas y declaraciones interpretativas que se hubiesen asentado y que fuesen válidas para el derecho internacional y para el mismo carácter obligacional del tratado. Cfr. BASSET, Ursula Cristina, La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, en “El Derecho”, 30/08/2006, N° 11.582.

Así, si las declaraciones interpretativas o reservas asentadas por un determinado Estado parte son admitidas por el o los restantes Estados parte, ello quiere decir que las contrapartes aceptan que el primero se obligue ante ellos con el alcance expresado en tales declaraciones o reservas. Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional... *ibidem*, Pág. 30 ss.

Afirma el Dr. BOGGIANO que “sería inconcebible que un tratado internacional tenga una vigencia en el derecho internacional y otra en el derecho interno” (BOGGIANO, Antonio. Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos. (Buenos Aires, 1995), Edit. La Ley. Pág. 121.

Un Dictamen de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional, de fecha 25 de agosto de 2005, sostuvo que: “El art. 75, inc.22, párr. 2° de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos: a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación)...”. En [www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm](http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm)

Por otra parte, los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 C.N.) deben ser leídos a la luz de los principios jurídicos que los informan, los cuales se encuentran generalmente en sus preámbulos<sup>371</sup>. Entre estos principios, atañen más directamente al tema de esta obra los siguientes:

**Principio “pro homine”:** El principio se enuncia del siguiente modo: “ante la duda, debe considerarse que se está ante un hom-

Estos cuerpos normativos mencionados en el art. 75 inc. 22 “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse **complementarios** de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Estos tratados en ningún caso pueden ser contradichos por una ley, ni por otro tratado. “Sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Es decir que la prevalencia es absoluta y su relación con la Constitución no es de subordinación sino de complementariedad. De acuerdo con lo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, los tratados junto con la misma Constitución y las leyes del Congreso, “son la ley suprema de la Nación”; es decir, integran nuestro ordenamiento jurídico, obligando no sólo a la Nación en sus compromisos frente a terceros Estados, sino también en relación con su aplicación directa –siempre en los términos del tratado- en lo que respecta a sus propios nacionales. Por otra parte, los tratados son complementarios respecto de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución. En consecuencia, los derechos y garantías reconocidos por los tratados, perfeccionan y llevan a plenitud al cuerpo de la Primera Parte de la Constitución. La regla de la complementariedad de los tratados entre sí y con el texto constitucional es de especial trascendencia. En un supuesto de contradicción absoluta entre el tratado constitucional –ya aprobado según el procedimiento del art. 75 inc. 22- y el cuerpo de la Constitución, el tratado sería inconstitucional porque, estrictamente, no está destinado a reformar la Constitución sino a perfeccionarla. La situación se resolverá por la denuncia del tratado –suponiendo que ya ha sido completado el acto complejo de su celebración- o por la reforma de la Constitución. Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional... *ibidem*, pág. 35 ss.

<sup>371</sup> Su aplicación obligatoria por parte de los órganos de los Estados firmantes de los Tratados ha sido reconocida tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que los principios generales del derecho internacional forman parte del derecho interno argentino: “En nuestro sistema, la costumbre internacional y los principios generales del derecho de ese ámbito, forman parte del derecho interno argentino (Fallos 43:321, 176:218, entre otros) y que entre aquéllos uno de los básicos es el del respeto a la soberanía de los Estados” (Considerando 12 del voto de la mayoría). “no es ocioso recordar la doctrina de la Corte según la cual, la costumbre internacional y los principios generales del derecho de gentes, forman parte del derecho interno argentino (Fallos 43:321, 176:218, entre otros)” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Nadel, León y otro s/ contrabando, 06/04/93, Fallos 316:567. Cons. 9 de la disidencia del Dr. BOGGIANO.

bre" (es una aplicación del principio que establece que nunca es lícito obrar con conciencia dudosa. Puede adoptar diversas formulaciones, tales como "*in dubio pro vita*", entre otras). El principio "*pro homine*" debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana<sup>372</sup>. En lo que concierne a esta obra debe concluirse que, ante la duda de encontrarse en presencia de un ser humano, se debe respetar al embrión humano concebido extracorpóreamente como si lo fuera<sup>373</sup>.

**Principio de progresividad o de no regresividad:** Este principio establece que un Estado no puede revocar un derecho fundamental de la persona insertado en un instrumento internacional que haya sido aceptado por ese Estado. Es decir que, según este principio, la tutela de los derechos humanos está en expansión, y no puede retroceder. Cualquier derecho que en algún momento histórico<sup>374</sup> logra el reconocimiento como derecho humano, pue-

<sup>372</sup> Bajo el influjo "del principio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos...las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, "El Derecho", 197-13. Fallos: 325:292. Cons. 11 Voto de la mayoría.

<sup>373</sup> Si "el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...esto es, estar siempre a favor del hombre" (PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (Buenos Aires, 1997). Edit. del Puerto. Pág. 163), en consecuencia su aplicación también debe alcanzar a los casos de protección del niño por nacer.

<sup>374</sup> Esta proscripción de regresión, ligada a la obligación de progresividad, es asumida por los Estados en diversos tratados referidos a derechos económicos, sociales y culturales. Al ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen prescripciones en materia de derechos sociales -tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

de ser ampliado en su contenido, pero jamás puede ser reducido en cuanto a su alcance<sup>375</sup>. La obligación de progresividad y consiguiente proscripción de regresividad constituyen una limitación que los tratados de derechos humanos imponen a los Poderes Legislativo y Ejecutivo en lo referente a los derechos sociales. Es por ello un criterio directamente aplicable por el Poder Judicial para juzgar el accionar de aquellos.

Este principio aparece relacionado con el derecho a la vida en el art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>376</sup>, en donde se establece la obligación de los Estados-parte de legislar progresivamente en función de la protección de la vida, en todos

Económicos, Sociales y Culturales-, los Estados (entre ellos el argentino) asumen diversas obligaciones de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Estas obligaciones llevan implícita la prohibición de adoptar políticas y, en consecuencia, leyes que menoscaben el nivel de goce de los mencionados derechos. Dicho *standard* se fija al tiempo de constituirse el Estado en parte del instrumento internacional respectivo, o tras cada avance sucesivo en los alcances de la protección. Se entiende así que, en tanto y en cuanto el Estado se ha obligado a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente ha asumido la prohibición de disminuir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogarlos, es decir que el Estado ha asumido la prohibición de regresión.

<sup>375</sup> Cfr. SCALA, Jorge, El "Código da Kirchner" y la vida humana, en "El Derecho", 21/09/06. Págs. 13-15. Ello es más patente aún, cuando se trata de normas "*ius cogens*", pues son, según un fallo de la Corte Internacional de Justicia, "ciertas normas jurídicas que no pueden ser susceptibles de derogación por voluntad convencional" (cfr. Caso Guinea Bissau vs. Senegal, del 31/7/89, RGDIP, 1990, pág. 234. Cit. por SCALA, Jorge, El "Código da Kirchner"... *ibidem*, págs. 13-15).

<sup>376</sup> "Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".

sus estadios desde la concepción hasta la muerte. Esta disposición es absolutamente coherente con la preeminencia del derecho a la vida -que explicaremos más adelante-, ya que si hemos establecido que el principio de no regresión es plenamente aplicable respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuánto más respecto al derecho que sustenta todos los demás. La aplicación del principio de no regresión al derecho a la vida se da también por su conjugación con el principio “*pro homine*”. Es decir que Argentina no puede denunciar un tratado que reconoce el derecho humano a la vida, ni violarlo en su ordenamiento jurídico mediante el accionar de sus Poderes de Estado: políticas de Estado, leyes o sentencias judiciales.

**Principio “*favor debilis*”:** El principio se enuncia del siguiente modo: “en caso de duda, debe prevalecer el interés del más débil”. Es decir que en la interpretación de situaciones que comprometen varios intereses en conflicto, se debe privilegiar a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra. Este principio es de especial aplicación al tema que nos ocupa, debido a la indefensión propia de la persona por nacer concebida extracorpóreamente.

**Principio de adopción de medidas internas:** En virtud de este principio, los Estados firmantes de un Tratado tienen la obligación de compatibilizar su normativa interna con las normas internacionales de derechos humanos. Es decir que la normativa positiva sobre fecundación extracorpórea deberá ajustarse a los Tratados del art. 75 inc. 22 C.N..

Retomando el desarrollo del tema, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico argentino es jerárquico, lo cual implica una prelación entre las normas que lo componen, en cuya cúspide se encuentra el derecho natural. Por ende, toda norma de inferior jerarquía que lo contradiga es injusta, contraria al derecho vigente en Argentina e inconstitucional.

Como mostraremos a continuación, la legislación positiva argentina no aborda expresa y específicamente -con excepción del

decreto 200/97<sup>377</sup> y de la ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.208, sancionada el 2 de diciembre de 2011<sup>378</sup>-, el problema de la fecundación artificial extracorpórea. Pero de la consideración armónica del derecho normativo argentino (natural y positivo), se puede colegir que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea se encuentran prohibidas.

## 5. La persona en los Tratados Constitucionales del art. 75 inc. 22

Como hemos explicado en el capítulo anterior, todo hombre tiene un conocimiento inmediato y directo de lo que es un ser humano, es decir, una persona. Ese conocimiento inmediato es el que recogen las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos (especialmente los más antiguos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948) incorporados a nuestra Constitución a través del art. 75 inc. 22. Esta concepción de la persona no coincide con el pensamiento de VÉLEZ SÁRSFIELD, plasmado en el art. 30 del Código Civil, según el cual persona es el ente que tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta discordancia se explica por razones históricas<sup>379</sup>.

<sup>377</sup> El decreto 200/97 prohíbe, en redacción poco feliz, “los experimentos de clonación relacionados con seres humanos”, pero no prevé pena para su contravención, imposibilitado de hacerlo tratándose de un decreto de necesidad y urgencia (cfr. art. 99, inc. 3º, C.N.). Cfr. MORELLI, Mariano, *Bioética, procreación y derecho penal. Un “nuevo” Código que nacería “viejo”*, en “El Derecho”, 21/09/06. Pág. 17-18. Este decreto no se analiza en forma exhaustiva por no referirse específicamente al tema de esta obra.

<sup>378</sup> La ley ordena la cobertura integral de las técnicas de fertilización homóloga (es decir, con gametos aportados por la pareja) a obras sociales o prepagas cuyos afiliados residan en la Provincia. Las parejas que no cuenten con esa cobertura médica podrán recurrir a 4 hospitales públicos que se verán obligados a cubrirla. Cfr. LAFFERRIERE, Nicolás, *Interrogantes de la ley de fertilización asistida en la Provincia de Buenos Aires*, (Buenos Aires, 14/02/11), en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

<sup>379</sup> El concepto jurídico de “persona” ha sufrido una evolución que puede ser sintetizada en tres etapas, según explica CORRAL TALCIANI (Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida*, en “Ius et Praxis”, 11 (1): 37 - 53, 2005. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&nrm=iso)): en la

**primera**, el término persona no tenía alcance técnico y era utilizado como sinónimo de hombre, sobre todo en su presentación y actuación social. En la antigüedad, a raíz de las discusiones teológicas de los primeros siglos de la era cristiana, el término persona adquiere un **significado filosófico**, predicable primero respecto de las relaciones trinitarias, luego predicable respecto de Cristo -dos naturalezas en una sola Persona-, hasta hacerse referible al ser humano, considerado “substancia individual de naturaleza racional”, en la clásica definición de BOECIO, desarrollada en el capítulo anterior. En una **segunda etapa**, el término “persona” comienza a adquirir un **significado técnico**, en cuanto designa el rol jurídico-formal que un individuo -o colectividad- ocupa en el entramado de relaciones sociales. Así surge la concepción de que persona no es el hombre en sí, sino el hombre en su estado. Posteriormente, y desaparecida la sociedad estamental por aplicación del principio de igualdad entendido según las proclamas de la revolución francesa (la refutación de esta interpretación hecha por los pensadores de la revolución francesa acerca del principio de igualdad excede el marco de esta obra. Remitimos al lector a la obra de SÁENZ, Alfredo, La nave y las tempestades, (Buenos Aires, 2003-2009). Edit. Gladius. T. VII-IX), la noción de persona se construye sobre la base de las elaboraciones filosóficas que tienen su punto de partida en la concepción kantiana, que la concibe como un fin en sí sobre la base de su autonomía. La recepción del término “persona” en la dogmática civil post codificación pretende fundarse en la noción de “derecho subjetivo”, que requiere un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trataría, por tanto, de un concepto instrumental o técnico. En esta etapa, **el punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales** (únicos a los que se considera propiamente derechos) **y con la noción de capacidad**: aptitud para adquirirlos. De gran importancia es esta afirmación del Dr. CORRAL TALCIANI, ya que en este contexto ubicamos la concepción de VÉLEZ SÁRSFIELD sobre la persona, y a su luz debe leerse el art. 74 del Código Civil argentino, sobre cuya interpretación haremos mención en este capítulo. Esta concepción de persona como noción técnico-jurídica llegará su máxima expresión con el normativismo kelseniano –según sostiene CORRAL TALCIANI-, para el cual el término persona no designa más que un **centro de imputación normativa**: un continente sin contenido. La manualística civil tradicional, incluso hasta el día de hoy, suele estar anclada en esta concepción formalista de la persona, al punto que es frecuente la afirmación de que, para el derecho, ni todos los hombres son personas, ni todas las personas son hombres. Pero esta segunda etapa ha dado lugar a una **tercera**, dada la necesidad de superar los modelos positivistas que naufragaron frente a las horrendas violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes totalitarios nazi y comunista. La humanidad ha aprendido por dolorosa experiencia que el derecho no tiene sentido si pretende autojustificarse y desvincularse de la moral y la antropología (hacemos un paréntesis para recordar que esta es, en otras palabras, una aplicación de la teoría realista de la subalternación de los saberes, a la cual hicimos referencia en el capítulo introductorio de esta obra y que constituye el eje de desarrollo de la misma). Una de esas nociones éticas que debe ser reconocida por el derecho es la **dignidad esencial de todo ser humano**, cualesquiera sean sus circunstancias o caracteres vitales. Esta idea conlleva una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela

jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos). El concepto jurídico de persona recupera de esta forma su **significado real**. Así, pensamos, la persona toma el lugar que siempre debió ocupar: el de centro y fundamento del ordenamiento jurídico, aclarando que nos referimos a la **persona como ser social y espiritual**, tal como la consideran, reiteramos, los tratados sobre derechos humanos. La espiritualidad del hombre -reconocida por los tratados de derechos humanos- se relaciona directamente con la existencia de un Dios Creador, como esbozamos en el capítulo anterior. André FROSSARD explica la trascendencia de esta afirmación para el tema que nos ocupa, íntimamente relacionado con la manipulación genética: “la referencia a Dios es indispensable no sólo para dar una definición del hombre que no lo rebaje, sino para dotar su persona de inviolabilidad... Si no somos más que un montón de moléculas llamado a disolverse un día ¿por qué prohibir que se modifique su forma y su composición? Sólo Dios puede salvarnos de nosotros mismos. Nunca nos ha sido más necesario. Si no existiera, habría llegado el momento de inventarlo. Pero existe, y ha llegado el momento de recordarlo” (FROSSARD, André, Preguntas sobre Dios, (Madrid, 2002). Edit. Rialp. Pág. 159. Cit. por LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La partenogénesis ... ibidem, pág. 413).

De esta forma, sostenemos la imperiosa necesidad de **reconocimiento por parte de todo ordenamiento jurídico positivo de la personalidad** -entendida según los tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22 C.N.- **a todos los hombres, ya que les es connatural o inherente**. Al decir de CORRAL TALCIANI (Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria, en “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 17 (2), 1990, págs. 301-321), la personalidad es un *prius* para el derecho, un imperativo para las leyes positivas. Consideramos que esta tercera etapa descrita por CORRAL TALCIANI no es más que una vuelta a las concepciones realistas aristotélico-tomistas: el derecho “está en las cosas”. Las leyes positivas simplemente deben reconocerlo. Cabe aquí una reflexión personal y espero se me disculpe la alusión a una cita bíblica en una obra jurídica, pero pienso que sintetiza este largo y doloroso camino hecho por algunos juristas y políticos a lo largo de la historia: “te es duro dar coces contra el aguijón” (Hch. 26,14). Hubo que pasar por crímenes horrendos para volver a ajustarse a la realidad. Hacemos votos y esperamos contribuir con esta publicación a evitar que se sigan produciendo situaciones dolorosas como las anteriormente mencionadas, debidas simplemente al apartamiento por parte del hombre de la realidad de las cosas. Lamentablemente a comienzos del siglo XXI no estamos ajenos a estas injusticias. En efecto, algunos autores se refieren a los crímenes de aborto y muerte de embriones por manipulaciones técnicas como “el gran genocidio de la centuria”. Así, el Dr. Jorge SCALA: “Nadie duda que el nacionalsocialismo ha sido un sistema totalitario. Se le atribuyen los 50 millones de muertos ocasionados por la Segunda Guerra Mundial. Tampoco nadie duda que el marxismo ha sido -y en algunos países sigue siéndolo-, otro sistema totalitario; al que se le atribuyen unos cien millones de muertos... Son cifras escalofriantes. Pero no menos escalofriantes son las cifras de abortos “legales”, efectuados en muchos países de Occidente. Según un estudio que recoge los datos hasta el año 2.006, éstas son los totales de algunos países, bien representativos del relativismo absoluto: EE.UU.: 45.520.799 abortos legales; Japón: 36.513.298 abortos legales; Gran Bretaña: 6.578.149 abortos legales; Francia: 5.301.590 abortos lega-

En efecto, los tratados internacionales de derechos humanos utilizan los términos “persona” y “hombre” indistintamente. Esto queda demostrado en el art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece: “toda persona tiene derecho a que se la reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones”. Si en esta afirmación el término “persona” tuviese el significado técnico que le atribuye la corriente codificadora –plasmada en nuestro Código Civil-, no tendría sentido que se afirmase que la persona tiene derecho a que se le reconozca como sujeto de derechos y obligaciones. Sería un **pleonasm**. Claramente, entonces, se emplea el término “persona” como equivalente al de “hombre”.

En el mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su Preámbulo que “los derechos esenciales del hombre no nacen de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Es decir que los derechos esenciales del hombre surgen de sus propios atri-

les; Alemania: 4.854.761 abortos legales; Italia: 4.367.770 abortos legales; Subtotal: 103.136.367 abortos legales. Es decir que solo seis países donde el relativismo cultural impera, han provocado el doble de muertos que el totalitarismo nazi, y una cifra similar a las causadas por el totalitarismo marxista. Matizo esta última afirmación, pues los países sometidos al marxismo son aún más abortistas que los occidentales. La U.R.S.S. y China efectuaron cada una más de 200 millones de abortos legales en idéntico período, según la misma fuente. Esta cruel realidad ha sido descrito acertadamente así: “Los seis millones de muertes legales en los campos de concentración nazi, constituyen el delito internacional de genocidio. Parecía la violación más flagrante de los derechos humanos que registra la historia. Sin embargo, los más de ochocientos millones de muertes, provocadas hasta el momento mediante abortos legales, en los países del mundo que lo han autorizado, constituyen un delito de lesa humanidad que, por su número y extensión, proponemos se denomine a partir de ahora como **mega-genocidio**” (Puntos 3 y 4 de la Declaración de Zaragoza, documento conclusivo del IV Congreso Internacional Pro-vida, realizado en Zaragoza (España), del 6 al 8 de noviembre de 2.008). Si bien se trata de cifras mucho menores, los suicidios asistidos y eutanasias legales, también forman parte del mega-genocidio practicado por los sistemas jurídico-políticos relativistas. Cuando un sistema político provoca millones de muertes “legales”, se ha convertido en un sistema totalitario. Por la sencilla razón de que es el Estado –y no el gobierno de turno-, el que se autopercebe como dueño de la vida de sus súbditos. Y con mucha mayor razón, se imaginará dueño de todos los derechos y cosas de sus ciudadanos. La democracia relativista de los países opulentos es un sistema totalitario o, al menos, está en trance de serlo” (SCALA, Jorge, Homicidio prenatal postmoderno. En “El Derecho Diario de Política Criminal”, 02/06/10).

butos. En lenguaje realista diríamos que los derechos subjetivos se fundan en la naturaleza humana, ya que el hombre no es una creación del Estado ni de la ley positiva. Es una realidad preexistente a éstos y que, como tal, “se les impone como algo dado, con determinadas exigencias insoslayables”<sup>380</sup>.

Y finalmente, para despejar toda duda, el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 1.2 dice que “**persona es todo ser humano**”. De ello se concluye la imposibilidad de que exista un ser humano que no sea persona.

Sin embargo, en el art. 6 pareciera utilizarse la expresión “personalidad jurídica” en el sentido de “sujeto de derechos”: “Todo **ser humano** tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (el resaltado es nuestro). Al respecto, cabe destacar que en el art. 6 no se usa el término “persona” sino la expresión “personalidad jurídica” –con lo cual no se desvirtúa lo dicho en párrafos anteriores- y, por otra parte, se continúa afirmando que el reconocimiento como sujeto de derechos es inherente a su calidad de ser humano.

Es decir que el término “persona” es equivalente al de “ser humano” según los tratados de derechos humanos. Y la “personalidad jurídica” es la aptitud del hombre para ser titular de derechos y deberes. Corroboramos nuestra postura la clara distinción que hace la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo art. 3 afirma: “Toda **persona** tiene derecho al reconocimiento de su **personalidad jurídica**” (el resaltado es nuestro). Es decir que el término “persona” difiere de la expresión “personalidad jurídica”, tal como explicamos en el párrafo anterior. El primero refiere al ser humano, la segunda, a su condición de sujeto de derechos, inherente a toda persona.

En virtud del principio de complementariedad de los tratados y

<sup>380</sup> MORELLI, Mariano G. El hombre y la bioética. La vida humana y los tratados internacionales de derechos humanos, en TALE, Camilo (Director); HERNÁNDEZ, Héctor H.; AZAR, Aldo M.; ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E.; MORELLI, Mariano G.; TALE, Camilo; LASCURAIN, Raúl A.; MORÓN ALCAIN, Eduardo; SÁNCHEZ PARODI, Horacio M.; FARIÁS GÓMEZ, Claudia; MENEGHINI, Mario; OSSANDOM, Juan C.; PORTELA, Jorge G., Persona. Sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política (Córdoba, 1998). Edit. del Copista. Biblioteca jurídica. Pág. 73.

poniendo en paralelo los artículos citados anteriormente, resulta evidente que “ser humano” y “persona” son utilizados indistintamente por los tratados de derechos humanos.

**Todo ser humano es persona. También lo es el niño, desde su concepción** (art. 1 Convención sobre los Derechos del Niño) y **naturalmente tiene derecho a la vida** (art. 6).

Sostiene el Dr. BARRA<sup>381</sup> que la personalidad en general y la jurídica en particular, es intrínseca al ser humano, a la vida humana. El ser humano es **sujeto**, no objeto. El hombre-persona no es un bien jurídico, una cosa que puede ser objeto de relaciones jurídicas. No es transmisible, enajenable. No está en el comercio. No puede ser objeto -en su persona física y psíquica- de experimentos médicos o científicos. Su cuerpo, su composición genética, su psiquis, su inteligencia, su voluntad, su espíritu, son propios.

Por otra parte, aunque no se comparta nuestro criterio sobre las nociones jurídicas de hombre y persona -que es el que establecen los tratados de derechos humanos, como quedó demostrado-, no se puede soslayar que todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo, y, ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio al que aludimos *–in dubio pro homine–*, que podríamos formular de la siguiente manera: *“in dubio pro persona”*<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibidem*, pág. 51.

<sup>382</sup> Este principio, al que damos un nuevo enunciado, no sería más que la generalización de los tres principios que pertenecen al derecho penal, laboral y de las obligaciones respectivamente: *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario* y *favor debitoris*. El alcance del principio *in dubio pro reo* está expresado en el art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación: “en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”. En la aplicación del segundo, la Ley de Contrato de Trabajo establece en su art. 9: “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador”. Finalmente, el Código de Comercio Argentino, en su art. 218 inc. 7, dice: “en los casos dudosos... las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor”.

Estos principios, inspirados en una exigencia de justicia, son la cristalización de la perenne pretensión –al decir del Dr. MORELLI- del ordenamiento jurídico, de custodiar con predilección al indefenso, al débil, a quien está de alguna forma en una situación desfavorable. Por eso a continuación postula el autor mencionado que la exigencia de justicia que subyace debajo de esos principios sea llevada también al terreno de la bioética, admitiéndose la existencia del principio *in dubio pro nasciturus* (“en caso de duda, debe estarse a lo que sea más favorable al por nacer”). “El beneficio de la duda

Finalmente queremos denunciar que la desvinculación entre las nociones de persona y ser humano esconde el propósito de desproteger jurídicamente la vida de ciertos seres humanos –los más débiles e indefensos- en función del beneficio económico o de otra índole de otras personas. Para ello se comienza por decir que para proteger la vida del embrión, puede prescindirse del debate sobre la cuestión de la personalidad del concebido. Luego, se afirma que el embrión tiene un *status* jurídico distinto al de un ser humano adulto. Finalmente, se le niega el *status* de persona. Esta argumentación se apreciará claramente en las sentencias que se analizarán en el capítulo V.

## 6. Derecho a la vida en la Constitución Argentina

“El temario que puede llegar a integrar el inmenso abanico de los “derechos humanos” tiene sin duda una base, un fundamento o anclaje en el denominado “derecho a la vida”. Sin él pareciera que los demás carecen totalmente de entidad”<sup>383</sup>.

### 6.1. El “derecho a la vida”: precisiones terminológicas

Advierte el Dr. TALE<sup>384</sup> que la expresión “derecho a la vida” es una locución incorrecta, o al menos inexacta<sup>385</sup>. Para expresar con

nos obliga a considerar al embrión, desde la fecundación, como una persona, y por tanto nos está absolutamente vedado cualquier mediatización del mismo en interés científico, médico o paterno”. Cfr. MORELLI, Mariano G. *El hombre y la bioética. La vida humana y los tratados internacionales de derechos humanos*, en TALE, Camilo (Director) *AAVV, Persona, Sociedad y derecho...* *ibidem*, pág. 80.

<sup>383</sup> QUINTANA, Eduardo M., *El derecho a la vida*, (Buenos Aires, 02/03/11), en “Diario de Filosofía del Derecho” de “El Derecho” Año XLIX N° 12.703, págs. 6-8.

<sup>384</sup> Cfr. TALE, Camilo, *Dos cuestiones: si el “derecho a la vida” es el derecho supremo: si la vida humana es el más valioso de los bienes terrenales del hombre*, en “El Derecho. Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal”, 14/07/08, N° 12.047.

<sup>385</sup> La preposición “a” da a entender que se trata de un derecho a que se otorgue la vida, un derecho a obtener la vida, y en realidad este derecho pertenece a quien ya posee la vida (sea la vida posnatal, sea la vida prenatal). La misma objeción se aplica a la expresión “derecho a la existencia”. Si se dice “derecho sobre la vida” también se emplea una frase inadecuada, porque la preposición “sobre”, si bien puede ser sinónimo de la preposición “acerca de”, puede asimismo entenderse en el sentido

exactitud el derecho que se quiere referir, hay que decir que el hombre tiene el “derecho al respeto de la vida”<sup>386</sup>. Con esta salve-

de superioridad o dominio sobre algo; de modo que en este caso puede significar que el titular del referido derecho tiene facultad de disponer acerca de su propia existencia, lo cual sólo puede ser correcto en parte, por ejemplo en cuanto a que el ser humano tiene la facultad moral y jurídica de arriesgar su vida para alcanzar un fin loable, en caso que éste sea proporcionado al valor de aquélla y concurren otras circunstancias; pero el hombre no tiene la facultad amplia de “disponer” de la propia existencia, al punto de que el hombre tenga “derecho al suicidio”. Tanto en la moral como en el derecho la propia vida es uno de los bienes “indisponibles” (que el bien sea “indisponible” aquí significa que es irrenunciable, que no es enajenable y que el titular no tiene la facultad de destruirlo). Tampoco es apropiada la expresión “derecho a conservar la vida”, referido a toda persona en toda situación, porque ello significa que todos tienen siempre la facultad de exigir que se le brinden los medios que sean necesarios para prolongar su existencia, lo cual importa, entre otras consecuencias inadmisibles, que todo individuo tiene derecho al trasplante de un órgano en cualquier momento en que lo requiera imprescindiblemente para sobrevivir, y dado que a todo derecho corresponde un deber jurídico, siempre hay alguien jurídicamente obligado a dárselo; pero esto no es correcto, sino que sólo en ciertos casos una persona puede tener “derecho al trasplante”, por ejemplo cuando le corresponde de acuerdo con las reglas sobre asignación de órganos cadavéricos para pacientes en “lista de espera” que rigen en el país. Un reparo similar suscita la frase “derecho de vivir”. Cfr. TALE, Camilo, *Dos cuestiones...* *ibídem*.

<sup>386</sup> “Derecho al respeto de la vida” de todo ser humano expresa la idea de que todos los demás tienen el deber de abstenerse de quitarle la vida (salvo los casos excepcionales en que puede ser legítima una acción lesiva de la vida del prójimo, a saber: la legítima defensa, la guerra justa y la pena de muerte; y en cada uno de estos supuestos, ello es así solamente cuando concurren los requisitos necesarios que establece tradicionalmente la doctrina).

Asimismo, es adecuada la expresión “derecho a la inviolabilidad de la vida” que contienen algunas leyes (por ejemplo la Constitución de Costa Rica, art. 45; la Constitución de Honduras, art. 30; la Constitución de Portugal de 1976, at. 25.) y que prefieren algunos autores, pues también expresa la conducta debida de otro que corresponde al derecho de uno, y que aquí es el deber de no atentar contra la vida ajena. El término “inviolabilidad” no obsta a que existan excepciones, o sea, casos en que un ser humano deje de tener tal derecho (que son los mencionados en el párrafo anterior, exclusivamente), porque el que algo se declare inviolable no es incompatible con la admisión de excepciones; así por ejemplo, la Constitución argentina prescribe en el art. 14 que “la propiedad es inviolable”, y en el mismo enunciado expresa que el propietario puede ser privado de la cosa mediante sentencia fundada en ley, por ejemplo en caso de expropiación por causa de utilidad pública, de lo cual se habla en el mismo artículo. Finalmente, la expresión “derecho a la protección de la vida” es adecuada, pero refiere a un derecho distinto, que es el que las personas tienen respecto de la comunidad política y de sus representantes, los gobernantes y funcionarios, y que también se tiene respecto de familiares (por ejemplo los niños respecto de sus padres), en virtud de ciertos contratos (v. gr. en una guardería de infantes o en una relación laboral en lo

dad, emplearemos la expresión “derecho a la vida” por ser la más utilizada.

## 6.2. Derecho a la vida en la Constitución tradicional del Estado

Con anterioridad a la Constitución de 1853, diversos documentos constitucionales y proyectos de Constitución dedicaron importantes previsiones al derecho a la vida<sup>387</sup>. Para nuestro derecho patrio, el derecho a la vida es la base de toda la estructura de derechos reconocidos por los documentos fundacionales de nuestro derecho público. En ellos, el derecho a la vida “tiene un concepto tan uniforme... que no necesita de más explicación”<sup>388</sup>.

## 6.3. Artículo 33 de la Constitución de 1853/60

El Dr. BARRA<sup>389</sup> sostiene que aun cuando los numerosos antecedentes de la Constitución de 1853 consagraban expresamente el derecho a la vida, ésta, sin embargo, “se apartó de aquellos”,

que concierne a las medidas de seguridad para evitar accidentes) y en otros diversos supuestos Cfr. TALE, Camilo, *Dos cuestiones...* *ibídem*.

<sup>387</sup> Así por ejemplo el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 (Preámbulo: “Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida”), el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 (Cap. 2 art. 5 y 6: “Los derechos del hombre son la vida...”. “El primero tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita de más explicación...”), el Estatuto provisorio del 5 de mayo de 1815 (Sección primera, capítulo primero: “Los derechos de los habitantes del Estado son: la vida...”. “El primero tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita de más explicación...”), el Reglamento del 3 de diciembre de 1817 (Sección primera, capítulo primero: “Los derechos de los habitantes del Estado son: la vida...”. “El primero tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita de más explicación...”), la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América del 22 de abril de 1819 (Sección quinta, capítulo 2, “Los miembros del Estado deben ser protegidos en el goce de sus derechos de su vida...”), Constitución del 24 de diciembre de 1826 (Manifiesto: “Los derechos del hombre, aquellos derechos esenciales, que no puede renunciar, sin degradar su naturaleza, y por cuya conservación ha sacrificado su independencia natural, asociándose a sus semejantes...”, sección octava: “Todos los habitantes del Estado deben ser protegidos en el goce de su vida”). Cit. por BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibídem*, pág. 9 ss.

<sup>388</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibídem*, pág. 9 ss.

<sup>389</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibídem*, pág. 23 ss.



guardando silencio al respecto, admitiendo de esta manera que, por lo obvio e indispensable para la existencia de los restantes derechos, el derecho a la vida no necesitaba de mayor explicación, ni siquiera de la elemental resultante de su mención expresa. En consonancia con su postura, BARRA afirma que la reforma de 1860 tampoco vino a explicitar el mentado derecho. Sin perjuicio de ello, considera que al introducir el art. 33 –numeración hoy vigente– al texto constitucional, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron allí, “implícitamente” receptado, este derecho<sup>390</sup>.

No compartimos esa respetable posición doctrinaria ya que, tal como explicamos anteriormente, los Pactos y Declaraciones anteriores a la Constitución de 1853/60 son derecho vigente, y ésta no se “aparta de aquellos” sino que, por el contrario, los cumple (así reza en su Preámbulo: “en cumplimiento de Pactos preexistentes”). Por otra parte, sostenemos que el derecho natural a la vida es preexistente a nuestra legislación positiva precisamente por ser un derecho natural; y que el reconocimiento en la Constitución de

<sup>390</sup> BARRA cita, para fundar su tesis, la siguiente jurisprudencia: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización, 06/11/1980. Fallos 302:1284, cons. 8; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Cisolotto, María del Carmen Baricalla de c/Nación Argentina (Ministerio de Salud y Acción Social), 27/1/1987. Fallos 310:112, cons. 4 (Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional... *ibidem*, pág. 23 ss.). Pero dichos fallos en los considerandos citados por BARRA no mencionan un derecho “implícito” a la vida en el art. 33 de la Carta Magna, sino que se refieren a él como al “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que obviamente, **resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes**” (Saguir y Dib, el resaltado es nuestro); “primer derecho de la persona humana, que resulta **reconocido y garantizado por la Constitución Nacional**” (Cisolotto, el resaltado es nuestro).

Dicha consideración sí se encuentra en otro fallo, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación distingue entre derecho implícito y derecho no enumerado por el artículo 33 de la Constitución Nacional, sosteniendo que el derecho a la vida es un derecho implícito. En efecto, en el acápite X del dictamen del Procurador General de la Nación –al que remite la Corte en su sentencia– formulado en el caso Asociación Benghalensis y otras c/Ministerio de Salud y Acción Social (Cfr. BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino: análisis del Código Penal Argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, (Buenos Aires, 2009). Edit. El Derecho. Pág. 21, nota 9) se señaló que “el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él”.

1853 ha sido siempre **explícito**<sup>391</sup>, ya que lo menciona claramente en el art. 29, cuando puntualiza que “la vida” de los argentinos no puede quedar a merced de gobiernos o persona alguna, estableciéndose una sanción civil y penal para quienes lo violen. Claramente, entonces, el art. 29 protege la vida, reconoce el derecho a la vida de todo argentino.

## 6.4. El derecho a la vida en la Reforma Constitucional de 1994

### 6.4.1. Artículo 75 inc. 22

El derecho a la vida de todo ser humano inocente es una norma de *ius cogens*<sup>392</sup>. Por ello, el derecho a la vida encuentra un

<sup>391</sup> Por otra parte, pensamos que considerar el derecho a la vida como un derecho no enumerado del art. 33 conllevaría a afirmar que **nace** de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (cfr. art. 33 C.N., que denota una clara influencia del iusnaturalismo “racionalista”, en especial de la concepción pactista de John LOCKE). Pero sabemos que el derecho a la vida no nace de la soberanía del pueblo sino que es connatural a todo hombre, no está sujeto al reconocimiento por parte de la “voluntad popular” y es preexistente a todo ordenamiento jurídico positivo. Así lo afirma la Corte Suprema al decir que es un derecho natural, preexistente a toda legislación positiva. El texto del art. 33 indica como sustento de los derechos implícitos la soberanía popular y la forma republicana de gobierno. De esa redacción podría inferirse que los derechos no enunciados son exclusivamente de raíz política. Creemos que es una redacción poco feliz, fruto de haberse tomado como fuente la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, de raíz liberal. La enmienda IX establece: “La enunciación de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la denegación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo” (Cit. en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina... *ibidem*, pág. 299). Sin embargo, en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853 se dijo que “los derechos de los hombres que **nacen de su propia naturaleza**, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa... ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar” (el resaltado es nuestro). Punto II del Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853. En SAMPAY, Arturo E., Las constituciones de la Argentina (1810-1972). Recopilación, notas y estudio preliminar de SAMPAY, Arturo E. (Buenos Aires, 1995). Edit. EUDEBA. Pág. 391. Cit. en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina... *ibidem*, pág. 300.

<sup>392</sup> Las normas de *ius cogens* son aquellas normas fundamentales del derecho inter-

reconocimiento muy destacado y derivaciones de importancia en los tratados internacionales del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Ya citamos el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 1.2 (“persona es todo ser humano”). Cabe ahora destacar su importancia en lo que atañe a esta obra, ya que, en consonancia con lo que establece y complementándolo con el derecho a la vida de todo ser humano reconocido por los tratados, cabe afirmar que las expresiones “comienzo de la existencia de la persona” e “inicio de la vida humana” **son equivalentes jurídicamente**<sup>393</sup>. Ello impli-

nacional público, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, superiores a la llamada “voluntad” de los Estados y, por ende, insusceptibles de acuerdo en contrario. Es el núcleo duro de los derechos humanos, el *minimum* necesario para la supervivencia de la comunidad internacional, y responde a las nociones de orden público y bien común internacionales. Dicho de modo sencillo, el derecho a la vida de todo ser humano inocente es una de las normas imperativas de derecho internacional.

Las normas de *ius cogens* tienen tres caracteres: a) inderogabilidad, b) imperatividad y c) supremacía con relación a toda norma de derecho interno. Cfr. SCALA, Jorge, El “Código da Kirchner”... ibidem, págs. 13-15.

<sup>393</sup> Esta conclusión que se deriva de lo antes expuesto, es, a mayor abundamiento, afirmada expresamente por el mismo Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho de toda persona a la protección de su vida por parte de la ley, desde el mismo momento de la concepción (cfr. art. 4 “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”).

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. I: “Todo **ser humano** tiene derecho a la **vida**, a la libertad y a la seguridad de **su persona**”; y la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3: “Todo **individuo** tiene derecho a la **vida**, a la libertad y a la seguridad de **su persona**” (los resaltados son nuestros).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) por su parte, lo reconoce como un derecho natural al decir que “el derecho a la vida es **inherente** a la persona humana” (art. 6.1, el resaltado es nuestro). Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia de la Nación –intérprete última de la Constitución–, como puede apreciarse en el considerando 12 del voto de la mayoría en el caso Portal de Belén, que establece que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, que es amparado jurídicamente desde su concepción (cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia

ca que no puede sostenerse jurídicamente la existencia de seres humanos de **distinto status jurídico**, según la edad o etapa de desarrollo biológico en que se encuentren.

A continuación, el Pacto de San José de Costa Rica establece 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**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (art. 4.1, el subrayado es nuestro). Al decir que el derecho a la vida “estará protegido por la ley”, esto implica una obligación concreta para los Estados, consistente en sancionar leyes que protejan la vida desde la concepción. Esta protección legal implicará tanto medidas positivas que tutelen la vida como sanciones por la violación de este derecho. Y el no cumplimiento de esta obligación traerá aparejada la responsabilidad internacional del Estado Argentino, como ya explicamos. El Pacto define también el momento de inicio de la protección: desde la concepción, a partir del cual nadie puede ser privado arbitrariamente<sup>394</sup> de la vida. La expresión

Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948) comienza su Preámbulo estableciendo que “Todos los hombres **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse frateralmente los unos con los otros” (el resaltado es nuestro). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948) realiza una idéntica afirmación, aunque refiriéndose a “seres humanos” (art. 1), expresión que utiliza indistintamente con la de “persona” (art. 2) e “individuo” (art. 3), intercambiables entre sí a lo largo del documento.

Una interpretación reduccionista del verbo “nacen”, intenta proclamar que la existencia legal de la persona comienza al nacer ésta. Se trata de una interpretación errónea y fácilmente refutable, entre otros argumentos, por la interpretación armónica del ordenamiento jurídico y el principio de complementariedad de los tratados, establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución.

En la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969) el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección más elaborada. En efecto, persona es todo ser humano (art. 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3).

<sup>394</sup> Afirma el Dr. BARRA que, en la lógica de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, el quitar la vida a otro sólo es concebible como una sanción penal, por un hecho de extrema gravedad, impuesta por un juez luego de un juicio justo, y por ende, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Toda otra posibilidad es **arbitraria** y por lo tanto, prohibida. Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, La

“en general” –en el contexto enfático de la oración- indica “en todos los casos”, o “en igualdad de condiciones para todos los casos”, sostiene el Dr. BARRA<sup>395</sup>. Es decir que la vida desde la concepción **siempre** debe ser protegida a través de la legislación.<sup>396</sup> La jurisprudencia argentina interpretado armónicamente el término “en general” que menciona el art. 4° de la C.A.D.H, de acuerdo al art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al decir que “de la simple lectura del art. 4° se demuestra el error de la Convención Americana. Dice la norma: ‘toda persona’ tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción. La Convención no dice ‘algunas personas’ tienen derecho a que se les respete su vida; al contrario, dice que se le debe respetar la vida a ‘todas’ las personas. Aquí hay un término de más y es preciso saber cuál de los dos. El término ‘toda persona’ y el término ‘en general’ son contradictorios esencialmente en la redacción del art. 4°, por lo que en el trabajo interpretativo, uno de ellos deberá prevalecer sobre el otro. Si el término “en general” cede ante el término “toda persona”, el absurdo desaparece y el art. 4° encuentra compostura

protección constitucional... *ibidem*, pág. 43 ss.

<sup>395</sup> Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibidem*, pág. 43 ss.

<sup>396</sup> Otra postura adoptan Germán BIDART CAMPOS (BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, (Buenos Aires, 1995). Edit. Ediar. T. III, pág.421) y Andrés GIL DOMÍNGUEZ (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, (Buenos Aires, 2000). Edit. Ediar. Pág. 267), quien, por ejemplo, sostiene: “...la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminación del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer”. Esta interpretación es jurídicamente inconsistente, dado que no respeta el principio constitucional de complementariedad de los tratados de derechos humanos, por el cual se puede afirmar que la vida humana comienza desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida (cfr., entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el primer derecho inalienable es el “derecho a la vida”, “inherente a la persona humana” -cons. 1º, 1º y 2º párr.- y por ello, ese derecho a la vida estará protegido por ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente -art. 6).

lógica con el resto de los demás artículos de la Convención, donde el término “en general” no figura ni aparece condicionando ningún derecho. La desaparición del absurdo es el signo evidente de que la interpretación es la correcta”<sup>397</sup>.

Por otra parte, del mismo modo que se protege la vida humana desde la concepción, los tratados constitucionales reconocen la especial significación de la vida en el seno materno y su relación con el bienestar de la madre. Protegiendo a la madre embarazada se salvaguarda la vida del por nacer<sup>398</sup>.

<sup>397</sup> CÁMARA FEDERAL DE SALTA, *in re R.*, N.F. - O.N. c/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN s/ AMPARO (Expte N° 222/09), 03/09/2010.

<sup>398</sup> Art. 11.2.a y d. y 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Argentina la ratificó el 3 de junio de 1985, a través de la ley 23.179.

El art. 75 inc. 23 C.N. tutela la vida del niño “desde el embarazo”. Algunos juristas han planteado dificultades en la interpretación de esta expresión. Una parte de la doctrina sostiene que esta tutela es particularmente genérica, puesto que su objetivo es la seguridad social. GIL DOMÍNGUEZ, v. gr., sostiene que la intención del constituyente ha sido tutelar genéricamente al embarazo, pero que ello no excluiría en forma alguna el aborto (cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, (Buenos Aires, 2000), Edit. Ediar, págs. 70-71), postura que consideramos errónea, por no hacer una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico argentino, comenzando por el mismo texto constitucional. En el mismo sentido Germán BIDART CAMPOS: “Esta norma se refiere a un régimen de seguridad social, por lo que no puede interpretarse ni como imponiendo el deber de incriminar el aborto mediante ley, ni como deparando una tutela genérica al “derecho a la vida” durante el embarazo de la madre” (BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, (Buenos Aires, 2001), Edit. Ediar, pág.106).

Otra parte de la doctrina, si bien es conteste en identificar la dificultad terminológica planteada por el art.75, inc. 23, señala que ello no interfiere con el comienzo de la tutela jurídica de la vida a partir de la “concepción”. María Angélica GELLI ha puesto de resalto la inequívoca sinonimia establecida entre “concepción” y “embarazo” en el despacho de mayoría de la Convención Constituyente de 1994. Una interpretación armonizante obliga a concluir que el “embarazo” tutelado por el art.75, inc. 23 coincide con la protección de la vida desde la concepción (GELLI, María A., *El derecho a la vida en el constitucionalismo...* *ibidem*). Otros juristas han sostenido que existe una protección implícita en el art. 75, inc. 23 de la vida humana en gestación (BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibidem*). El Dr. Alberto BIANCHI entiende que, a pesar de la redacción final del art. 75 inc. 23, la vida humana se encuentra tutelada desde la concepción: “En el seno de la Convención de 1994 se quiso dar un paso más e incorporar una norma que –fruto del acuerdo político– no tuvo la redacción que originariamente se había previsto. Se trata de la segunda parte del inc. 23 acerca de la obligación del Congreso de dictar “un régimen de seguridad

Al mismo tiempo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 7 establece una importante afirmación para nuestra obra, ya que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea conllevan diversas **manipulaciones y tratos inhumanos** de los embriones: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”<sup>399</sup>.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>400</sup> da especial protección a la vida frente a los atentados perpetrados “con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” (art. II). Los embriones fecundados *in vitro* conforman un grupo humano que soporta diversos atentados a su vida y dignidad, tal como se demostró en el capítulo anterior. Ante esta hipótesis, podría argumentarse que las técnicas no están “destinadas a impedir los nacimientos” ni tienen la “intención de destruir” vidas. Pero, como mostramos al inicio del capítulo segundo de esta obra, la “loable” intención de posibilitar la maternidad y paternidad a personas estériles no es la única finalidad en el empleo de estas técnicas. Además, el “avance” científico en este campo es rapidí-

social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo (originariamente se había previsto que dijera desde la concepción) hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”. Esta norma fue informada por los convencionales BARRA y GARCÍA LEMA y generó un debate que ilustra la reticencia de algunos sectores políticos en incorporar la protección de la persona humana desde el momento de la concepción. **No obstante ello es claro por demás, que hoy en nuestro país la vida humana desde el momento de la concepción es un principio que tiene rango constitucional**” (el subrayado es nuestro, BIANCHI, Alberto B., *El problema constitucional del aborto: Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, JA, 80º Aniversario, 1998-64. Cit. por BASSET, Úrsula C., *La Constitución Nacional y la despenalización...* *ibídem.*).

<sup>399</sup> En el mismo sentido, la ley 25.467 de Ciencia, Tecnología e Innovación (publicada en B.O. el 26/09/01) establece en el art. 3 el respeto por la dignidad humana; la participación libre y voluntaria de las personas en ensayos de investigación y la no discriminación de personas en razón de su condición física historial y datos genéticos.

<sup>400</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.

simo y diariamente se idean nuevas y cada vez más aberrantes aplicaciones.

#### 6.4.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Finalmente, es de trascendental importancia la regulación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>401</sup> que reconoce y garantiza el derecho a la vida de todos los niños<sup>402</sup>. La Convención define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1). Por el principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la primera parte de la Constitución Nacional, todo ser humano es persona, y es niño desde la concepción<sup>403</sup> hasta los 18 años de

<sup>401</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

<sup>402</sup> El art. 6 establece que “Los Estados Partes reconocen que **todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida**. Los Estados Partes garantizarán **en la máxima medida posible** la supervivencia y el desarrollo del niño” (el subrayado es nuestro). El art. 19 reza: “1. Los Estados Partes adoptarán **todas las medidas legislativas**, administrativas, sociales y educativas apropiadas **para proteger al niño** contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente...” y el art. 24 inc. 1 “**Todo niño tiene derecho**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, **a las medidas de protección que su condición de menor requiere**, tanto **por parte** de su familia como de la sociedad y **del Estado**” (los resaltados son nuestros). Por ello, en protección de la salud del niño —que es sujeto de esta Convención— los Estados asumen el deber de adoptar “medidas apropiadas” para “asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres” (art. 24 d), es decir que se atiende al niño a través de su madre. En el mismo sentido el art. 19. 2 “Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él”. Por su parte, el art. 18 inc. 1 reconoce que “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el **interés superior del niño**” (el resaltado es nuestro). Esta noción de “interés superior del niño” es de radical importancia en lo que atañe a esta obra y es precisada por la ley reglamentaria 26.061.

<sup>403</sup> Cfr. art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica y declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado en tanto tal, cuya expresión es terminante: “Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina

edad, y por tanto sujeto de protección jurídica<sup>404</sup>. Todas estas normas internacionales no hacen más que reconocer la realidad antropológica<sup>405</sup>.

La ley 26.061<sup>406</sup>, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente. Su art. 2 declara que la Convención sobre Derechos del Niño “es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad”.

El mismo artículo establece la **defensa en juicio de los menores**, reconociendo que tienen derecho a ser oídos -por intermedio de quien los represente-. Esto es **de especial aplicación** cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio de la **eliminación de embriones “sobrantes” concebidos extracorpóreamente no transferidos al seno materno, o bien ya transferidos y suprimidos mediante aborto** (v.gr. por reducción embrionaria), o bien mediante su **congelamiento** -que conlleva su muerte lenta, tal como demostramos en el capítulo III-.

Finaliza el art. 2 estableciendo que “Los derechos y las garantías

declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad”.

<sup>404</sup> La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica consultó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de dicho país sobre la interpretación de algunas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta, en su Opinión Consultiva N° 647-90, en el punto V, entiende que el artículo 24 inc. f de dicha Convención excluye como método de planificación familiar todo contraceptivo que tenga efectos abortivos, pues esto violaría el art. 6 de la citada Convención. Dicha Opinión resulta obligatoria para el Parlamento y el Ejecutivo costarricense que no podrían dictar normas con un sentido contrario al interpretado por la Corte. Cfr. SCALA, Jorge, *¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI*, Prolog. por José Ignacio CAFFERATA, 1° edic., (San José de Costa Rica, 2002). Edit. Promesa. Serie: Temas de Actualidad N° 6.

En nuestro país rige idéntica prohibición para el Estado, en virtud de la declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes.

<sup>405</sup> Consideramos que lo antropológico estudia al hombre como compuesto substancial del cuerpo y alma, por lo tanto incluye el dato biológico sobre el mismo.

<sup>406</sup> Sobre “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, sancionada por unanimidad el 28 de septiembre de 2005.

de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

Esta declaración de “**orden público**” del derecho a la vida de toda persona desde su concepción impide la pretendida aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como fundamento para la autorización legislativa o judicial de las técnicas de fecundación extracorpórea o su tolerancia de hecho por parte del Estado Argentino, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad a estos supuestos es la existencia de un “tercero” (la persona por nacer) que se vería ciertamente perjudicado por la utilización de estos procedimientos técnicos.

Por otra parte, el art. 3 de la ley 26.061 puntualiza que se entiende por **interés superior del niño** “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”<sup>407</sup>. El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8, el derecho a la vida. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño antes citado, que obliga a los Estados a garantizar “**en la máxima medida posible**” el derecho a la vida de todo niño. Consideramos que el Estado sólo puede garantizar en la máxima medida posible el derecho a la vida de la persona por nacer mediante su tutela penal<sup>408</sup>.

<sup>407</sup> Cabe destacar que el interés superior del niño está conformado por **derechos y garantías**, y el aborto -muerte provocada de un ser humano concebido y no nacido- no es ni un derecho ni una garantía constitucional. Mal pueden entonces “autorizarse” abortos de menores de edad embarazadas, alegando su superior interés. Cfr. MARRAMA, Silvia, *A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo “del reino del revés”*, (nota a fallo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO in re N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/ Apelaciones S/ CASACIÓN, 11/05/2011), en “El Derecho” [243] - (18/07/2011, nro 12.793).

<sup>408</sup> Si el derecho a la vida es supraconstitucional (preexistente a toda legislación positiva), es intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos como “delito”. Cfr. BASSET, Úrsula Cristina, *La Constitución Nacional y la despenalización... ibídem*. Esa tutela se efectiviza a través del delito de aborto, ubicado, en el Código Penal, en el Libro Segundo: “De los delitos”, Título I: “Delitos contra las personas”, Capítulo I: “Delitos contra la vida”. Es decir que el sujeto tutelado es la persona por nacer, su vida. El derecho a la vida de toda persona desde su concepción, reconocido por la Constitución Nacional, proyecta sus efectos

El citado art. 3 de la ley 26.061 declara que se debe respetar la “condición de sujeto de derecho” que tiene todo niño, agregando en su parte final que **“cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”** (el subrayado es nuestro). Es decir que conforme al citado art. 3, todo niño desde su concepción tiene –al igual que una persona adulta- “condición de sujeto de derecho” –es decir, personalidad-, aunque en su ejercicio sea considerado por la ley civil como incapaz de hecho, tema que desarrollaremos más adelante. Por otra parte, en caso de considerarse que el deseo de ser padres a través del recurso a la fecundación artificial extracorpórea es un “derecho o interés legítimo”, no puede prevalecer frente a los derechos e intereses del niño, entre ellos, su derecho a la dignidad y a la vida.

### 6.5. Preeminencia del derecho a la vida

Según los tratados constitucionales, el derecho a la vida es el derecho fundamental paradigmático<sup>409</sup>, en razón de su peculiar

sobre el mismo Código Penal, de jerarquía infraconstitucional. Por tanto éste no podría alegar una supuesta “autonomía” para determinar qué se entiende por “persona” ni cuándo comienza a existir ésta. Los juristas argentinos tienen diversas posturas respecto de la configuración del delito de aborto respecto de la muerte provocada de personas concebidas fuera del seno materno por fecundación artificial extracorpórea (cfr. BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino... ibídem, pág. 152 ss.). En el mismo sentido LAFFERRIÈRE afirma: “el derecho humano a la personalidad proyecta sus efectos sobre el mismo código penal, que no podría alegar una supuesta “autonomía” para determinar qué se entiende por “persona” para el derecho penal. Adviértase que aquí ya no nos referimos sólo a la noción “civil” de persona física o humana (en Argentina, arts. 30, 51 y 70 del Código Civil), sino a un concepto “constitucional” de persona humana, que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia (la concepción). No sería, entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la “personalidad” del embrión, pues ello viene determinado por el derecho natural y los “derechos humanos”. LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, Técnicas de procreación humana: propuesta... ibídem.

<sup>409</sup> Por ello este derecho es enunciado en primer lugar y antes que todo otro derecho, tal como podemos apreciar en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. I: “Todo ser humano tiene derecho a la **vida**, a la libertad y a la seguridad de **su persona**”; y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la **vida**, a la libertad y a la seguridad de **su**

contenido, puesto que el bien humano básico que constituye su objeto –la vida- no es uno más, sino que tiene una importancia radical. De ahí que se ha insistido desde todo punto de vista en que posee una centralidad o imperatividad tal que lo hace trascender a otros derechos<sup>410</sup>. La preeminencia de la vida se basa en que dicho bien jurídico, que es el objeto del derecho a la vida, prácticamente se confunde con el sujeto mismo de ese derecho, ello es, con la misma persona humana que es su titular. Por otra parte, el bien de la vida es condición de posibilidad de la efectiva titularidad, ejercicio, gozo y preservación de cualquier otro bien humano, convirtiéndose así en “el bien más básico”<sup>411</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la preeminencia del derecho a la vida y **reafirmó su aseguramiento a partir de los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional**, “que resguardan la vida de la persona humana desde el mismo momento de la concepción”<sup>412</sup>. De ahí que “existe una razón más fuerte que antes de la reforma (constitucional) de 1994, para considerar que también en el derecho federal argentino se reconoce la existencia de la vida humana desde la concepción”<sup>413</sup>.

### 6.6. ¿Cuándo comienza la vida humana?

A diferencia de otras situaciones en las que el hombre puede otorgar arbitrariamente una entidad jurídica a determinada rea-

**persona**” (los resaltados son nuestros).

<sup>410</sup> En otras palabras, “es cierto que no pueden establecerse a priori jerarquías objetivas entre los bienes y derechos humanos, pero con una importante excepción: el derecho a la inviolabilidad de la vida. Es decir, puede sostenerse la imposibilidad de establecer un orden de prelación entre los derechos, pero siempre que se excluya de esta afirmación al derecho a la inviolabilidad de la vida, el que se encuentra en un rango superior al del resto de los derechos”. MASSINI, Carlos I., El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en MASSINI, Carlos I. y SERNA, Pedro, El derecho a la vida, (Pamplona, 1998). Edit. Eunsa. Pág. 207.

<sup>411</sup> Cfr. TOLLER, Fernando, Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos, en “Jurisprudencia Argentina”, 2006-I-1025/1036.

<sup>412</sup> Fallos: 325:292.

<sup>413</sup> GELLI, María A., El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones, en “La Ley”, 1996-A-1455.

lidad (por ejemplo, asignando el nombre de “cosa”, cfr. art. 2311 del C.C.), **la presencia de vida humana es un dato ineludible de la realidad** que no puede ser alterado o ignorado por el jurista ni por las leyes. Ante este dato de la realidad, sólo cabe el **reconocimiento** de tal condición. “Reconocimiento y no atribución, ya que su condición preexiste al ordenamiento y escapa al legislador la facultad de “conceder graciosamente” ese carácter, o elegir en qué momento del desarrollo se considerará al ser humano como persona”<sup>414</sup>. Como hemos demostrado anteriormente, el derecho positivo argentino reconoce un dato objetivo de la realidad: la vida humana comienza con la **concepción**. “Como todo concepto normativo que refleja un dato de la realidad biológica se impone la dilucidación de su contenido a la luz de las ciencias. Es capital entonces determinar cuándo se inicia la vida, cuándo se produce la concepción. Ello es evidente, pues el derecho a la vida es ciertamente inseparable del hecho mismo de la vida”<sup>415</sup>.

Conforme se ha dado el avance de las ciencias, el hombre ha podido ir precisando el momento o el proceso, como modernamente se lo califica, en el que aparece la vida: es la **fecundación del óvulo por el espermatozoide** el momento en que científicamente se considera que se ha iniciado una nueva vida. A partir de ese momento ambos gametos pierden su individualidad y se funden en un ser distinto (tal como hemos explicado en los capítulos anteriores). Precisamente el tema que nos ocupa -la fecundación extracorpórea- demuestra que el ser humano comienza su

<sup>414</sup> PIÑÓN, Benjamín P.; MOIA, Ángel L., El inicio de la persona física, (Paraná, 2003), en “Duc in altum” N° 3. Pág. 27.

<sup>415</sup> PIÑÓN, Benjamín P.; MOIA, Ángel L., El inicio... ibídem, pág. 30.

<sup>416</sup> La ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA publicó en 1995 una comunicación que dice: “La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se deben promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre”. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Comunicación, en “La Nación”, del 23/9/95.

existencia con la fecundación<sup>417</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>418</sup> ha sostenido que “se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo”<sup>419</sup>. Luego de citar información

<sup>417</sup> “En efecto, la fecundación extracorpórea es anterior a la anidación y, cualquiera sea la técnica utilizada, luego de lograda la concepción, es preciso implantar el embrión. Ningún técnico dedicado a la fecundación artificial se animaría a implantar un ser vivo que no fuera humano; y, a la vez, ninguna mujer fertilizada artificialmente, dio a luz jamás un ser vivo de otra especie que la humana. Esto muestra empíricamente, que el inicio de la vida humana está en la concepción –término jurídico, como vimos, y cuyo correlato biológico es fecundación o fertilización–; y no en la anidación”. Cfr. GARCÍA ELORRIO, Aurelio y SCALA, Jorge, Irreformabilidad de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Portal de Belén. Artículo elaborado en base a la ponencia que los autores presentaron en las Primeras Jornadas de Derecho Privado de la Región Centro, San Francisco (Córdoba), octubre de 2004. En “El Derecho”, 211-899.

<sup>418</sup> En el caso Portal de Belén (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292), habiendo acuerdo en los hechos -las píldoras postcoitales IMEDIAT impiden “el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio” (Consid. 3)-, la Corte analiza la cuestión biológica: la dilucidación científica de si la concepción se produce con la fecundación o si, además, requiere la implantación del óvulo fecundado en el útero materno (en los cons. 4 al 7 la Corte Suprema transcribe 7 citas científicas de primer nivel, y en el cons. 8 analiza el criterio de la Comisión Nacional de Ética Biomédica, incorporado al expediente. Todos son coincidentes. Cfr. GARCÍA ELORRIO, Aurelio y SCALA, Jorge, Irreformabilidad de la doctrina... ibídem). Así, recoge la información científica que establece que tiene carácter plausible que la vida humana comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Ante ello, y haciendo jugar el principio *pro homine*, considera que el efecto antiimplantatorio del fármaco en cuestión en el *sub lite* es una amenaza efectiva e inminente al bien primordial de la vida, protegido constitucionalmente por diversos tratados de derechos humanos. Por lo tanto resuelve tutelar el derecho a la vida de las personas por nacer que estarían involucradas en el caso, pues de lo contrario Argentina incurriría en responsabilidad internacional. Así, prohíbe la fabricación, distribución y venta del fármaco, haciendo lugar al amparo interpuesto por la Asociación.

<sup>419</sup> Cons. N° 4 del voto de la mayoría en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA

de científicos prestigiosos<sup>420</sup>, afirma que tiene “carácter plausible la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación”<sup>421</sup>. Sentado por lo tanto que a) todo ser humano concebido es persona humana, y como tal tiene derecho a la vida, con carácter de *ius cogens*; y que b) las normas de *ius cogens* son inderogables por convención, tienen primacía sobre el derecho constitucional e inferior interno<sup>422</sup>, y, c) a la vez, por el principio de progresividad, su alcance jamás puede restringirse; se concluye que sería antijurídico sostener que la protección jurídica de la persona comienza en un momento posterior a la concepción (fecundación del óvulo por el espermatozoide; cfr. doctrina de la Corte Suprema en el caso Portal de Belén), pues se violaría el derecho de los derechos humanos, el derecho positivo argentino y el derecho natural. La doctrina sentada por la Corte sobre el inicio de la vida humana es compartida por una parte considerable de la doctrina jurídica argentina, que considera que desde el momento en que el espermatozoide penetra el óvulo, comienza la existencia de la persona humana, ya que en ese momento comienza su desarrollo en un proceso gradual, autónomo, irreversible, caracterizado principalmente por su progresividad

NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292.

<sup>420</sup> V.gr. “Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: “existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...” (cfr. Revista Palabra n° 173, Madrid, enero 1980)”. Cit. en Considerando N° 5 del voto de la mayoría en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292.

<sup>421</sup> Considerando N° 10 del voto de la mayoría en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292.

<sup>422</sup> “El art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prohíbe a los Estados invocar normas constitucionales o internas, para incumplir sus obligaciones convencionales; máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, nos estamos refiriendo a las normas fundamentales del orden público internacional”. Cfr. GARCÍA ELORRIO, Aurelio y SCALA, Jorge, *Irreformabilidad de la doctrina...* *ibidem*.

creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional<sup>423</sup>.

Por nuestra parte consideramos que el término jurídico “concepción” equivale al término antropológico “fecundación” y esto se evidencia por el uso indistinto de ambos términos, tanto en el campo médico como en el jurídico. La medicina reproductiva denomina “*concepti*”, es decir, “concebidos” a las personas producto de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea<sup>424</sup>.

<sup>423</sup> Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Control Judicial en la fecundación asistida*, en “El Derecho”, 163-229, pto.2.1.

<sup>424</sup> V.gr. “Ha sido práctica clínica regular el transferir primero los **concepti** morfológicamente mejores”. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *Consenso Latinoamericano...* *ibidem*, pág. 15. En el mismo sentido: “Entre las variables que afectan las tasas de embarazo en los ciclos de transferencia luego de congelación embrionaria están: la calidad de los embriones a congelar, la técnica de congelación y descongelación, el tiempo de almacenamiento de los **concepti** y la preparación del endometrio para la transferencia... La transferencia debe coincidir con un desarrollo endometrial adecuado al estadio celular de los **concepti** congelados... la criopreservación de **concepti** en división debe realizarse preferentemente en estados exponenciales de mitosis -2, 4, 8 células (MARELLO, Ellen... *Primer taller de criopreservación...* *ibidem*.)”. “Al descongelar **concepti**, la tasa de sobrevivencia fluctúa entre un 40% y 80%” (RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *Consenso Latinoamericano...* *ibidem*, pág. 15). Los resaltados son nuestros.



En el ámbito jurídico<sup>425</sup>, tanto la doctrina<sup>426</sup> como la jurisprudencia

<sup>425</sup> “El concebido o *nasciturus* es “aquel que va a nacer”. Con esta fórmula magistral, los romanos zanjaron definitivamente todas las controversias científicas que, a lo largo de los siglos, iban a signar la fijación del inicio de la vida humana. Para ellos, el concebido –cualquiera fuera el instante misterioso en que iniciara su existencia–, era ya un ser humano, y merecía la tutela jurídica correspondiente a su dignidad. Al principio esa dignidad estaba reservada al *cives romanum*, con la salvedad de que el por nacer “mantenía su *status* aun si la madre perdía el suyo antes del nacimiento” (WALDSTEIN, WOLFANG, *Vida y vida social: Pluralismo y reglas sociales*, artículo en el libro *¿Qué es la vida? La bioética al debate*, AA.VV., dirigido por Angelo Scola, Madrid, Encuentro, 1999, pág. 299). Lo prueba, en primer lugar la institución del *curator ventris*, puesto precisamente, en defensa de los derechos del *nasciturus*. Con la penetración de las doctrinas filosóficas de los estoicos, divulgadas entre los juristas romanos, en especial a través de CICERÓN, lo que antes eran derechos reservados a los ciudadanos romanos, poco a poco comienzan a reconocerse a todo ser humano, incluido, claro está, el concebido. El texto de ULPIANO, titulado *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*, del *Digesto*, 25, 4, 1, donde los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero resuelven el caso de una mujer que niega estar embarazada, frente al padre que acciona para proteger al niño antes de su nacimiento; mediante la designación del pretor, al que encomiendan elegir una comadrona de probado conocimiento y fidelidad. Otros muchos textos muestran la recepción en el derecho romano clásico, de los derechos del *nasciturus* (Conf. *Digesto*, 1, 5, 26. SCAEVOLA en el *Digesto*, 28, 2, 29, párr. 4º; GAYO en las *Institutas*, 1, 89 y 1, 147; CICERÓN en el *Pro Cluentio*, párrs. 31-34; el diferimiento de la pena capital a las embarazadas; etcétera.). En el siglo V, BOECIO define para siempre la persona, como “sustancia individual de naturaleza racional”, concepto metafísico que es trasladado al derecho romano, por la doctrina cristiana, y que lleva a plenitud el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano y, por ende, de su derecho fundamental a la vida”. Cfr. GARCÍA ELORRIO, Aurelio y SCALA, Jorge, *Irreformabilidad de la doctrina...* *ibidem*.

<sup>426</sup> Así, entre otros, MAZZINGHI, Jorge A., *Breve reflexión sobre la fecundación in vitro*, en “La Ley” 1978-C-993; ASTIGUETA, César P., *Algo más sobre el derecho a nacer*, en “El Derecho” 117-421; ANDORNO, Roberto L., *Fecundación in vitro y valor de la vida humana*, en “El Derecho” 120-947; ANDORNO, Roberto L., *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza?*, en “El Derecho” 131-904; CAFFERATA, José I., *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino*, en “El Derecho” 130-729; ALTERINI, Atilio A., *Cuerpo humano. Persona y familia*, en AAVV, *Derecho de familia*, obra colectiva en homenaje a María Josefa MENDEZ COSTA, (Santa Fe, 1990). Edit. Rubinzal Culzoni; QUINTANA, Eduardo M., *Consideraciones...* *ibidem*; QUINTANA, Eduardo M., *Control Judicial...* *ibidem*; ANDRUET, Armando S. (h.), *El derecho frente a las amenazas contra la vida humana*, en “El Derecho” 149-941; ANDRUET, Armando S. (h.), *La personalidad del que está por nacer*, en “El Derecho” 140-961; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *La persona antes de nacer*, en “El Derecho” 163-972; MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., *¿Por qué no al proyecto Laferrière-Storani de regulación de la fecundación asistida?*, en “El Derecho” 163-985; BARRA, Rodolfo C., *Embriones expósitos*, en “La Ley” 1996-D-1271, BARRA, Rodolfo C., *El estatuto jurídico del embrión humano*, en “El Derecho”

184-1455; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados*, en “El Derecho” 182-1645.

<sup>427</sup> Así, por ejemplo, en el considerando 6 del fallo Rabinovich, Ricardo D. s/amparo (CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412) la sala I de la Cámara Nacional en lo Civil los utiliza en un mismo párrafo como referidos a una misma realidad: “Como es sabido, Vélez receptó en este punto la solución adoptada en el Esbozo de Freitas, quien se apartó del sistema general del derecho romano, mantenido en diversas legislaciones de su tiempo, para el cual el nacimiento determinaba el comienzo de la persona. Se atuvo así al dato biológico, consistente en la presencia de un nuevo ser en el seno de la madre, distinto de ésta, fruto de la **fecundación**. Y al referirse a la “**concepción**” buscó la protección de la persona a partir de su estadio inicial, incipiente, primario”. En el considerando 7, la Cámara concluye: “Ello supuesto, es claro que todas aquellas teorías que de diversos modos sólo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su **concepción**, resultan incompatibles con dicho ordenamiento... También aquellas que, aunque admitiendo la existencia de la persona por nacer, lo hacen a partir de distintos estadios de su gestación ulteriores a la implantación definitiva del embrión en el endometrio uterino -y de ese modo a su **concepción**- como son los caracterizados por la aparición de la denominada línea primitiva o surco neural y con ella los rudimentos del sistema nervioso, la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables -efectuándose así una analogía con la muerte cerebral-, o la conformación orgánica o morfológica del feto”. Luego considera la Cámara que “la relativa **amplitud del término concepción** no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registraron los actuales conocimientos científicos- en el marco de un **complejo y dinámico proceso**. Pero el mismo Código Civil ofrece un criterio para responder a ese interrogante. Como ya se puntualizó, el art. 51 expresa que “todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. Y aunque es obvio que al incluirse esta norma no se tuvo en miras la situación aquí examinada, sino otras vinculadas a personas ya nacidas y en función de sus rasgos morfológicos o simplemente de antiguas creencias sobre la existencia de monstruos o prodigios (*Digesto*, Lib. I, Tít. 5, L. 14; Partida 4ª, Tít. 23, L. 5), ello no obsta a que el criterio subyacente en dicho precepto pueda aplicarse en casos distintos, no previstos entonces. Por el contrario, una interpretación analógica del mismo conduce a esa solución (art. 15 C.C.). Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier “**signo característico de humanidad**, sin distinción de cualidades o accidentes”; y no parece dudoso que **la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento**, de suerte que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de “cualidades o accidentes”, o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte” (considerando 7, el resaltado es nuestro). CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

cepción”, y consideran que esta expresión equivalente a la que se emplea en el ámbito médico (“fecundación”).

Por otra parte, “entre la concepción y el nacimiento ocurren etapas biológicas de la evolución genética sin solución de continuidad, y dentro de las cuales no es posible formular distinción sustancial alguna en cuanto a la existencia de una persona humana”<sup>428</sup>. En caso de duda frente al momento preciso en que la vida humana comienza, reiteramos que debe aplicarse el principio jurídico *in dubio pro homine*, tutelándose al embrión desde la penetración del espermatozoide en el óvulo.

Por lo tanto, el derecho a la vida humana naciente debe ampararse desde la fecundación, no resultando razonable no dispensar protección legal efectiva al embrión fecundado extracorpóreamente.

## 7. La dignidad humana y el derecho a no ser discriminado según los Tratados Constitucionales

El término “dignidad”<sup>429</sup> figura en la Constitución argentina a partir de la reforma de 1994<sup>430</sup>, ingresando a través de los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22. Según estos tratados, todos los hombres nacen iguales en dignidad<sup>431</sup> y

<sup>428</sup> PIÑÓN, Benjamín P.; MOIA, Ángel L. Ponencia presentada ante la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (Rosario, 2003), cuyo tema era: “Comienzo de la existencia de la persona humana”. Punto N° 2.

<sup>429</sup> “El término dignidad ha entrado en el constitucionalismo moderno, ya que luego de la derrota del socialismo nacionalista alemán en 1945, que de manera tan horrenda violara los derechos y libertades de los miembros de su nación y de las naciones vecinas, el constituyente de Bonn (1949) quiso en el artículo 1, inc. 1 de la Ley Fundamental proclamar –y como disposición constitucional básica y primordial– que “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo*, (Chile, 1996). t. 1. Apéndice 2: La dignidad de la persona humana: noción y fundamentos. Págs. 72-79.

<sup>430</sup> Cabe aclarar que el art. 14 *bis* mencionaba, con anterioridad a la reforma del 94, “condiciones **dignas** y equitativas de labor” y “el acceso a una vivienda **digna**” (el resaltado es nuestro).

<sup>431</sup> Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo, párr 1 y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1.

toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad<sup>432</sup>. La dignidad humana radica en el carácter espiritual del hombre, tal como establece el Preámbulo de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**: “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Esta dignidad es el fundamento de los derechos esenciales<sup>433</sup> de la persona<sup>434</sup>, iguales e inalienables<sup>435</sup> y su reconocimiento constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo<sup>436</sup>. Atento lo expuesto, las cláusulas protectorias de esta dignidad humana son directamente aplicables; son operativas de suyo y obligan a todo órgano estatal.

El Senador Omar Muhamad VAQUIR presentó en el año 2000 un Proyecto de ley<sup>437</sup> para que la Nación Argentina asumiese los principios contenidos en la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, que establece, sin caer en un reduccionismo, que el genoma<sup>438</sup> humano es la base del reconoci-

<sup>432</sup> Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, inc. 1.

<sup>433</sup> También tutelan estos tratados constitucionales la dignidad humana en los diversos ámbitos en que se desenvuelve la vida en sociedad.

<sup>434</sup> Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, cons. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo, párr. 2°.

<sup>435</sup> Cfr. Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 2; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, Cons. 2.

<sup>436</sup> Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo 1; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párrafo 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cons. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Cons. 1; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, Cons. 1.

<sup>437</sup> VAQUIR, Omar M., Proyecto de ley (Expediente N° 1356/00) para que la Nación Argentina asumiese los principios contenidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO- en la 26ª sesión plenaria de fecha 11 de noviembre de 1997).

<sup>438</sup> El **genoma** es el conjunto de los genes de un individuo o de una especie, contenido en un juego haploide de cromosomas –es decir, que contiene un único juego de éstos-. Los cromosomas son filamentos condensados de ácido desoxirribonucleico -el cual constituye el material genético de las células y contiene en su secuencia la

miento de la dignidad intrínseca del hombre<sup>439</sup>, a la par que prohíbe toda forma de discriminación a causa del patrimonio genético. El proyecto perdió estado parlamentario en el año 2003<sup>440</sup>.

información para la síntesis de proteínas-, visibles en el núcleo de las células durante la mitosis. Ésta es la división de la célula en la que, previa duplicación del material genético, cada célula hija recibe una dotación completa de cromosomas. Su número es constante para cada especie animal o vegetal. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 22º edic. www.rae.es.

<sup>439</sup> En el art. 1 establece que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su **dignidad intrínseca** y su diversidad” (el resaltado es nuestro). “**Esta afirmación no debe entenderse en un sentido materialista, como defendiendo la reducción del género humano la información genética que la caracteriza.** Tal interpretación es **explícitamente descartada por el artículo 2.** Lo que pretende esta norma es, por el contrario, dejar en claro que desde el punto de vista científico existe un vínculo de unidad muy sólido entre todos los miembros del género humano. Puede sostenerse que sí, desde la perspectiva biológica, hay algo común a las diversas generaciones es precisamente la herencia genética que se transmite a los descendientes. Los genes humanos son comunes a las generaciones pasadas, presentes y futuras, porque más allá de los eventuales procesos evolutivos que puedan existir, cada una de ellas hereda la misma estructura genética de quienes la han precedido. Por ello, el principio de igualdad entre los seres humanos, afirmado con énfasis por el derecho, también encuentra su apoyo en los nuevos conocimientos genéticos.

El artículo 2 recuerda que la dignidad de las personas es independiente de sus características genéticas. Con ello se quiere reafirmar el principio de igualdad, que no sufre excepciones por este motivo. Con este postulado se pretende evitar el reduccionismo genético, que sentaría las bases de una forma particularmente perversa de discriminación. En otras palabras, **cada individuo, aún poseyendo una información genética que lo caracteriza como ser único e irrepetible, es mucho más que su genoma.** La información genética común a la humanidad sirve como pauta para reconocer la igualdad fundamental entre todos los individuos. Por el contrario, la información genética propia de cada ser humano, que lo distingue de los demás, no puede ser usada como excusa para privilegiar a unos sobre otros. En el mismo sentido, el artículo 6 prohíbe toda discriminación basada en las características genéticas de la persona, porque ello sería contrario a sus derechos humanos y libertades fundamentales y al reconocimiento de su dignidad” (los resaltados son nuestros). ANDORNO, Roberto, *La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano*. Ponencia presentada al 5º Congreso Mundial de Bioética, Londres, 21-24 de septiembre de 2000.

<sup>440</sup> El genoma humano y los datos genéticos se encuentran parcialmente protegidos en Argentina, cfr. ley 25.326 regula la protección de datos personales en general, dentro de los cuales podemos incluir los datos genéticos. Por su parte, la ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad, en su art. 7 considera no patentables la totalidad de la materia biológica y genética existente en la naturaleza, lo cual veda el patentamiento de los genes y secuencias parciales de genes. Así lo establecen

Cabe reiterar que la violación de la dignidad humana es patente en el empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, por todas las razones expuestas en el capítulo anterior y en el presente.

En el supuesto de selección embrionaria mediante diagnóstico genético preimplantacional<sup>441</sup>, se configura una discriminación entre los embriones, basada en razones genéticas y eugenésicas<sup>442</sup>. Esta discriminación eugenésica<sup>443</sup>, que violenta la dignidad de los

también las Directrices sobre Patentes aprobadas por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial el 10/12/03, cuyo punto 3.2.4. prohíbe el patentamiento del procedimiento para clonar seres humanos y para modificar la identidad genética de la línea germinal de los seres humanos. La Ciudad de Buenos Aires cuenta con la ley 712 de “Garantías del Patrimonio Genético Humano de la Ciudad de Buenos Aires” (publicada en el B.O. el 17/01/02), cuyo art. 14 establece que la Ciudad adopta la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. La ley 8953 de la Provincia de Córdoba (publicada en B.O. el 05/07/02) establece la inviolabilidad del genoma humano.

Entre los proyectos referidos al tema, que han perdido estado parlamentario se cuentan los siguientes: El art. 111 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998, bajo el título “Prácticas eugenésicas” prohíbe las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de los seres humanos. El proyecto del diputado Héctor CABALLERO (proyecto 4668-D-00 del 03/08/00) sobre “protección contra la discriminación en materia genética” prohibía la realización de estudios genéticos sobre las personas con el fin de ser utilizados como métodos de evaluación y control en diversos ámbitos. Asimismo sanciona la violación de la confidencialidad en este campo. El proyecto de Adriana BEVACQUA (proyecto 6608-D-02 del 15/10/02) declaraba de interés nacional el proyecto genoma humano, y establecía una serie de principios de orden público constitucional -entre los cuales consideraba al genoma patrimonio común de la humanidad-. El proyecto del diputado Alberto NATALE (proyecto 0262-D-04 del 03/03/04) proponía la creación de una Subcomisión en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación para proponer una legislación sobre datos genéticos.

<sup>441</sup> Cfr. capítulo III, acápite “4.2. Muerte de embriones por reducción embrionaria” y “4.5. Muerte de embriones por descarte”.

<sup>442</sup> Cfr. LAFFERRIÈRE, Jorge N., *Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina*, en “El Derecho”, [244] - (08/09/2011, nro 12.830).

<sup>443</sup> Un resquicio eugenésico en nuestra legislación puede apreciarse en el art. 86, 2º párrafo, inc. 2º del Código Penal, que establece el supuesto impune del aborto eugenésico, eugénico o racial, con la finalidad de evitar la propagación de la tara que presentaría un demente o idiota en su línea de descendencia, conforme puede leerse en la fundamentación de la Exposición de Motivos de la ley que introdujo este supuesto: “Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin

embriones, además de lesionar el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño, configura acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592<sup>444</sup>.

eugenésico, para evitar que de una idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado” (Cfr. Tale, Camilo, La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos, en “El Derecho”, 21/09/06. Págs. 3-6). Esto, además de ser claramente inconstitucional, viola la ley 23.592 antidiscriminatoria. Lamentablemente comprobamos que las ideas de DARWIN, que ya se consideraban superadas por los dolorosos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, siguen teniendo adeptos en nuestro tiempo. Nos referimos a quienes propugnan “eliminar” a los débiles y enfermos de la sociedad, por considerarlos seres “inferiores” o “inútiles”. En El Origen de las Especies (publicado en 1859) DARWIN escribía: “Entre los animales salvajes, el débil es rápidamente eliminado, y de esta manera los que sobreviven exhiben un estado de salud cada vez más vigoroso”. “En cambio nosotros, las personas civilizadas, hacemos los mayores esfuerzos por evitar ese proceso de eliminación (y con ello propiciamos que el débil —físicamente o de entendimiento—, no sea eliminado)... Protegidas de esa manera, muchas personas débiles fueron capaces de propagar su linaje, **pero nadie que haya prestado atención a la cría de animales domésticos dudaría de que esto (el cuidado y la salvación de los débiles) tiene que ser muy nocivo para la raza humana**” (el subrayado es nuestro). DARWIN, Charles, El Origen de las Especies, 1º edic., (Barcelona, 2003). Edit. del Aguazul.

<sup>444</sup> Esta ley 23.592, en su art. 1, prohíbe los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad o caracteres físicos. Estas causales son meramente enunciativas (“a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente...”), y en consecuencia las que se fundan en razones genéticas quedarían comprendidas.

## 8. El derecho a la identidad en los Tratados del art. 75 inc. 22

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el “derecho a la identidad”<sup>445</sup> en los arts. 7 y 8<sup>446</sup>. En concordancia con ello, el art. 11 de la ley 26.061 dispone que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley”. Este derecho subjetivo puede ejercerse acudiendo al Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por la ley 23.511, que brinda asistencia técnica para esclarecer genéticamente vínculos biológicos cuestionados en sede judicial<sup>447</sup> o en el ámbito particular.

<sup>445</sup> El derecho a la identidad es definido por la doctrina como la incuestionable prerrogativa de todo ser humano a conocer con certeza la verdad acerca de sí mismo y de su origen, a saberse descendiente de otros y poderlos identificar. Cfr. CANO, María E., Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada, en “Revista Persona”, <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

<sup>446</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 7 establece el derecho del niño de “conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y la obligación de los Estados partes de velar por la aplicación de este derecho, de conformidad con su legislación nacional”; y en su art. 8 dispone: “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas... cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

<sup>447</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, entre otras, en la causa Müller, Jorge (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Müller, Jorge, 13/11/90). En este caso, la mayoría del Tribunal dejó sin efecto la resolución por la que se ordenaba que a un menor de edad le fuera extraída sangre a fin de que se le realice un examen de histocompatibilidad genética con personas que podrían ser sus abuelos biológicos. El fundamento de la mayoría se basó en que, a la luz de las circunstancias comprobadas del expediente, la adopción realizada en beneficio del menor de quien se quería efectuar la prueba sanguínea no se encontraba afectada por ningún vicio ni, menos aún, por ningún delito dentro de los que pudieran quedar involucrados los adoptantes que se oponían a la realización de dicha prueba. El voto de PETRACCHI examina si la negativa del padre adoptivo a la realización de la prueba importa un adecuado ejercicio de la representación que ejerce, de modo tal que su voluntad pueda ser considerada vinculante para su representado. Considera que entre las garantías implícitas del art. 33 C.N., debe incluirse el “derecho de toda persona a conocer su **identidad de origen**”:

Desconociendo abiertamente lo establecido por los tratados de derechos humanos -en especial, por la Convención de los Derechos del Niño antes citada-, la RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA -y la casi totalidad de los centros que realizan las prácticas de fecundación artificial extracorpórea- niega a las personas concebidas extracorpóreamente mediante fecundación heteróloga su derecho fundamental a la identidad, estableciendo la **donación<sup>448</sup> anónima de gametos<sup>449</sup>**. La violación

“poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico lo trasciende... La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica verdad personal, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad... (Es que la persona) tiene la titularidad de un derecho, que es propiamente de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual” (RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, Los derechos constitucionales como “derechos naturales”... ibídem.). Puede compararse este precedente con el resuelto por la Corte en septiembre de 2003 (Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Vázquez Ferrera s/incidente de apelación, 30/09/03, en “Jurisprudencia Argentina” 2003-IV-434; “La Ley” 2004-A-101).

<sup>448</sup> Es de público y notorio conocimiento que la “donación” de gametos no es tal. Así lo reconoce la misma “Mujeres que sin tener necesariamente problemas de fecundidad, desean donar ovocitos, ya sea en forma altruística **o comercial**” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... ibídem. Cfr. PÉREZ, Elena, La crisis dispara la “venta” de óvulos, (Santiago, 02/02/10), Diario ABC, en <http://www.abc.es/20100202/galicia-galicia/crisis-dispara-venta-ovulos-20100202.html>; BARON, Ana, Por la crisis, en EE.UU. subió la venta de semen, pelos y sangre, (15/12/08), Diario Clarín, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/12/15/elmundo/i-01822541.htm>

<sup>449</sup> “Existe consenso en que cada centro debe guardar un registro confidencial de la naturaleza de los donantes, receptores y de los nacidos... **La identidad de los donantes no debe ser revelada**, ni a los futuros padres, ni a los nacidos de los procesos de donación. Es responsabilidad de los padres, si así lo desean, el instruir a sus hijos respecto de la adopción de gametos... Existen excepciones al requerimiento de anonimato, ello ocurre cuando los receptores de común acuerdo con un familiar deciden la donación y adopción de gametos de un familiar conocido. En estos casos el anonimato se refiere exclusivamente a los hijos y la decisión es enteramente de los padres y de su relación con él o los progenitores... **Donación anónima...** 1) Mujeres que están participando en un programa de reproducción asistida, que tienen menos de 36 años y como consecuencia de la estimulación ovárica, producen más ovocitos de los que ellas pueden o desean usar. Estas mujeres pueden optar por donar los ovocitos remanentes y se comprometen a que **jamás conocerán o intentarán identificar a la receptora**. Tampoco tendrán información del devenir de los ovocitos donados. Es decir, si al fecundarlos y transferir los embriones a la receptora, esta

del derecho a la identidad de los embriones fecundados por técnicas artificiales extracorpóreas es más frecuente de lo que se piensa, no sólo por el anonimato de los donantes de gametos en las fecundaciones heterólogas, sino también por **errores<sup>450</sup>** cometidos -y muchas veces no advertidos- en la transferencia embrionaria y por **fraudes<sup>451</sup>** en la identidad del paciente, errores y fraudes que también se producen en las **fecundaciones homólogas<sup>452</sup>**. Al res-

logró un embarazo. **El anonimato también queda establecido para la receptora**, quien a través de un documento escrito, se compromete a no tener acceso ni a buscar la identidad de la donante. 2) Mujeres que sin tener necesariamente problemas de fecundidad, desean donar ovocitos, ya sea en forma altruística **o comercial**. Estas mujeres son sometidas a los mismos procedimientos de estimulación hormonal y aspiración folicular de una mujer que está siendo tratada para reproducción asistida. Las mujeres que optan por esta alternativa, lo hacen en forma anónima, debiendo resguardar el anonimato de la donante y la receptora. En cualesquiera de estas condiciones, la información es conservada en forma confidencial por el centro donde se efectúa el tratamiento” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano... ibídem.

<sup>450</sup> “Una mujer británica perdió la posibilidad de tener a su segundo hijo a través de técnicas de reproducción asistida al descubrir que su último embrión había sido implantado por error en otra paciente”. Por error médico se implantó el último embrión de una mujer en tratamiento de fertilidad a otra paciente, en “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 10 de Agosto de 2009. <http://www.reproduccionasistida.org>. “En Italia, una pareja de piel blanca que se sometió a reproducción asistida sufrió el error al usarse una probeta de otra pareja africana y tuvo gemelos de piel negra. Por el error la pareja demandó a la clínica de fertilidad”. Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra, en “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 4 de Agosto de 2009. <http://www.reproduccionasistida.org>.

<sup>451</sup> Durante el encuentro anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embrionología, que se reunió en Praga, República Checa, del 18 al 21 de junio de 2006, se presentó el informe del Comité Internacional para la Supervisión de las Tecnologías de Reproducción Asistida (ICMART), que incluye datos de 52 países y cubre dos tercios de todos los tratamientos de fertilización *in vitro* del mundo. El Dr. Luca SABATINI, del Centro de Medicina Reproductiva del Hospital St. Bartholomew de Londres, afirmó que la investigación ha demostrado que en muchas clínicas del Reino Unido no existen suficientes salvaguardas para comprobar apropiadamente la identidad de los pacientes. El equipo del Hospital St. Bartholomew hizo una encuesta en las 70 clínicas del Reino Unido que tienen licencias. De éstas respondieron 45, y se informó de que se había dado el caso o se sospechaba de fraude en la identidad del paciente en el **37%**. Cfr. Tres millones de niños probeta: Preocupación por las implicaciones éticas, en “Boletín electrónico Zenit”, 11 de julio de 2006, [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

<sup>452</sup> Más allá de los fraudes que puedan producirse, el Dr. CHIESA explica que **toda fecundación artificial homóloga tiene una esencia inexorablemente he-**

pecto, la Comisión de derecho de familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil concluyó por 42 votos afirmativos (contra 3 negativos) que “debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad”<sup>453</sup>. Cabe recordar que el Código Penal Argentino sanciona con pena de prisión a quien cometiese los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad<sup>454</sup>. Esta violación del derecho a la identidad de los embriones se vincula íntimamente con problemas filiatorios y de consanguinidad<sup>455</sup>.

Nótese que a los embriones fecundados extracorpóreamente -“niños”, en la terminología de la Convención sobre los Derechos del Niño- no se les reconoce siquiera el **derecho al nombre**, ni por parte de los médicos, ni de los padres. Los embriones son identificados con números y bajo el nombre de la “paciente”, es decir, la madre<sup>456</sup>. Si bien se nos podría objetar que la Convención sobre

**teróloga:** “Cuando la generación artificial se realiza con gametos de terceros, ya existe una cuestionable disociación de la paternidad, pero la misma también tiene lugar si el material genético es de una misma pareja, puesto que el padre principal del efecto (el que verdaderamente genera y da forma) sigue siendo el científico que, con su acción, sustituye al acto conyugal. Es decir, sea que se trate de una fecundación in vitro homóloga o heteróloga, la heterología siempre estará presente en la intervención del científico, aunque es justo reconocer que lo estará con mayor fuerza en los casos de donación de gametos” (cfr. CHIESA, Pedro J.M., El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y de la maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial, Ponencia presentada en la Comisión N° 6 de derecho de familia, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

<sup>453</sup> COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, Conclusiones, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

<sup>454</sup> La acción típica es “hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro” (cfr. art. 138, 139 y 139 bis C.P.).

<sup>455</sup> Polémica: un solo donante de esperma tuvo 150 hijos. Lo descubrió la mamá de uno de ellos en EE. UU., en Diario Clarín del 07/09/11, [http://www.clarin.com/sociedad/salud/Polemica-solo-donante-esperma-hijos\\_0\\_550145067.html](http://www.clarin.com/sociedad/salud/Polemica-solo-donante-esperma-hijos_0_550145067.html)

<sup>456</sup> “CRIOPRESERVACION DE CELULAS EN ESTADO DE PRONUCLEO Y EMBRIONES. PROTOCOLO DE CONGELACIÓN Y ALMACENAMIENTO: 1. Colocar los embriones que clasificaron para ser congelados en el pozo... 7. Mientras el programa está corriendo, completar toda la información en los registros y marcar los globets y escalerillas con nombre de la paciente, fecha y número de embriones congelados. 8. Al finalizar la congelación... transferir al tanque de almacenamiento, anotar el sitio de almacenamiento en el registro de la paciente”. RED LATINOAMERICANA

los Derechos del Niño establece que todo niño “tiene derecho a un nombre y nacionalidad” y a ser inscrito inmediatamente, una vez **acontecido su nacimiento** (cfr. art. 7; en el mismo sentido el inc. 2 del art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>457</sup> establece que **toda persona** (sin distinción entre personas nacidas o por nacer) **tiene derecho a un nombre**. Por lo tanto consideramos que, por el principio de complementariedad de los tratados de derechos humanos, toda persona –nacida o por nacer- tiene derecho a un nombre, más allá de que, una vez nacida, tenga el derecho a ser inscrita inmediatamente con éste.

## 9. Derecho infraconstitucional argentino

### 9.1. Existencia de la persona física desde la concepción

El Código Civil considera **persona** a todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30)<sup>458</sup>. Establece el Código Civil que la existencia de las personas físicas comienza en el momento mismo de la **concepción** en el seno materno (art. 70<sup>459</sup>), en perfecta congruencia con la naturaleza de las cosas<sup>460</sup>. En

DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos... *ibidem*.

<sup>457</sup> El art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

<sup>458</sup> La explicación sobre esta concepción de la persona la hemos realizado en el acápite “5. La persona en los Tratados Constitucionales del art. 75 inc. 22” de este mismo capítulo.

<sup>459</sup> “La circunstancia de que el art. 70 CC. hable de “concepción en el seno materno” no es un obstáculo para la inclusión del embrión in vitro en la categoría de las personas, ya que en materia civil funciona el principio de la analogía (art. 16). La doctrina nacional es unánime en este sentido. Conf. Conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989, comisión n. 8”. ANDORNO, Roberto. Procreación asistida: Posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos, en “Jurisprudencia Argentina”, 1994-III-925. Pág. 925, nota N° 3.

<sup>460</sup> LLAMBÍAS sostiene que “en esta forma VÉLEZ adapta el derecho a la **realidad biológica**. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la espe-

la nota al art. 70 C.C., VÉLEZ SÁRSFIELD enuncia: “para tener la capacidad de derecho, el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad”. Hoy, gracias a los avances de la ciencia, el **signo característico de humanidad**, desde un punto de vista biológico (y sin implicar esta afirmación un reduccionismo, como ya explicamos), puede apreciarse en el ADN del embrión, que es específicamente humano. En el mismo sentido se interpretó el art. 51 C.C. en el cons. 7 del fallo Rabinovich<sup>461</sup> Por otra parte y para determinar el **momento de la concepción**, el C.C. fija un lapso máximo de 300 días y otro mínimo de 180 días de duración del “embarazo” (art. 76 y 77 C.C.). Es decir que concepción y embarazo representan un todo inescindible para el legislador (al igual que para el constituyente, cfr. art. 75 inc. 23 C.N.): la concepción es el comienzo del embarazo, cuya finalización es el parto (art. 78 C.C.). Por lo tanto, en la terminología del Código, el vocablo embarazo es sinónimo del de concepción<sup>462</sup>. Personas por nacer

cie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser” (el subrayado es nuestro). LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, (Buenos Aires, 1967). Edit. Abeledo Perrot. T. 1 Parte General, pág. 244. Cit. por BARRA, Rodolfo Carlos, La protección constitucional... ibidem, pág. 70.

461 “El art. 51 expresa que “todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. Y aunque es obvio que al incluirse esta norma no se tuvo en miras la situación aquí examinada, sino otras vinculadas a personas ya nacidas..., ello no obsta a que el criterio subyacente en dicho precepto pueda aplicarse en casos distintos, no previstos entonces. Por el contrario, una interpretación analógica del mismo conduce a esa solución (art. 15 C.C.). Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier “signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”; y **no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento**, de suerte que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de “cualidades o accidentes”, o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte” (los resaltados son nuestros). CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

462 Estas normas citadas sirven para interpretar armónicamente la cláusula constitucional del art. 75 inc. 23, que utiliza el término “embarazo”, a la que nos referimos al

son aquellas que no habiendo nacido, están **concebidas** en el seno materno. **No son personas futuras**, pues ya existen en el vientre de la madre, dice la nota al art. 63 C.C.. Por lo tanto, según la terminología del Código Civil, las personas por nacer son “personas de existencia visible” desde el primer período de su vida, que transcurre entre la concepción y el nacimiento.

Respecto del **lugar en que se produce la concepción** de la persona, es irrelevante que sea dentro o fuera del seno materno. El art. 264 C.C. -que se define a la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres respecto de los hijos “desde la concepción”-, no especifica que ésta se realice dentro o fuera del seno materno<sup>463</sup>, lo cual interesa especialmente respecto de la fecundación artificial extracorpórea. Por todo ello, estos artículos deben interpretarse de buena fe, y hacer extensivo el reconocimiento de la personalidad jurídica al concebido fuera del seno materno por técnicas de fecundación extracorpórea, máxime cuando el art. 51 C.C. nos indica que no son relevantes cualidades o accidentes<sup>464</sup>.

comienzo de este capítulo.

463 En efecto, la indicación que figura en los arts. 63 y 70 respecto del lugar donde se lleva a cabo la concepción -en el seno materno- se explica por el momento histórico en que el Código Civil fue redactado, ya que en 1869 difícilmente VÉLEZ SÁRSFIELD podía llegar a imaginarse la posibilidad de que se concibieran seres humanos fuera del seno materno. Por otra parte, en el texto originario del art. 264 C.C., se reconocía el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción, sin indicar la circunstancia de lugar. La legislación posterior tampoco especifica el lugar de la concepción, v. gr.: la ley 17.418 -entre otras-, cuyos arts. 143 y 145 incluyen entre los hijos beneficiarios del seguro de personas a “los concebidos” al tiempo de ocurrido el siniestro, y la ley 24.004 de ejercicio de la enfermería, cuyo art. 10 inc. b, ordena “respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte”. La ley de asignaciones familiares, al establecer la asignación prenatal, dispone que ésta se abonará “desde la concepción” (ley 24.714, art. 9).

464 Cfr. LAFFERRIÈRE, Nicolás, Los derechos de la persona por nacer, conferencia dictada en Jornada S.O.S. Votemos por la vida II, (Buenos Aires, 1998). Edit. H. Cámara de Diputados de la Nación. Buenos Aires. Pág. 54-62.

## 9.2. Existencia legal y existencia natural de la persona por nacer

Algunos juristas pretenden hacer una distinción entre “existencia legal” y “existencia natural” de la persona, en base a una interpretación desacertada de los arts. 74, 75 y 77 del Código Civil. Para esta corriente de pensamiento, la “existencia legal” comenzaría con el nacimiento, en tanto que la “existencia natural” con la concepción. Como consecuencia, el *nasciturus* no sería legalmente persona mientras no llegue a nacer y su nacimiento no reúna las condiciones previstas por el art. 74 C.C., es decir, la separación completa de la madre y la sobrevivencia del niño aunque sea por un instante después del parto. Esta lectura de los arts. mencionados pretende basarse en un concepto técnico de “persona”, que se utilizaba en tiempos de VÉLEZ SÁRSFIELD con la finalidad de resolver el problema de la adquisición de derechos patrimoniales, en especial los hereditarios<sup>465</sup>.

Al respecto cabe destacar que no cabía en el pensamiento del codificador vedar la tutela jurídica de la vida del concebido, lo cual se desprende de una lectura armónica del Código Civil. Por otra parte, realizando una interpretación armónica del Código Civil con la totalidad del ordenamiento jurídico argentino surge palmariamente que el *nasciturus* es considerado un ser humano, y por ende una persona con derecho a la vida. Esta afirmación se ve corroborada por lo dictaminado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>466</sup>, cuya Comisión 1<sup>467</sup> (“Comienzo de la existencia de la persona humana”) estableció en el punto VII (agregado del Dr. SAUX): “la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de

<sup>465</sup> Cfr. acápite “5. La persona en los Tratados Constitucionales del art. 75 inc. 22” de este mismo capítulo.

<sup>466</sup> XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Rosario, 25-27/09/03.

<sup>467</sup> PEYRANO, BARBIERI, HERRERA, ARIAS DE RONCHIETTO, GONZÁLEZ DEL CERRO, SAMBRIZZI, VIVES, RODIL, MENDEZ SIERRA, COSSARI, LAFFERRIERE, CARTASSO, LEAL, COBAS, SAN MARTÍN, AZVALINSKY, MEDINA, PEYRANO, FERNÁNDEZ DE VIGAY, ARRIBERE, MOLINA QUIROGA, GONZÁLEZ, C. En disidencia: ARRIBERE.

la persona natural debe interpretarse limitada sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales”. Es decir que este artículo del Código no permite inferir que, quien muere antes del nacimiento, no es persona o no ha tenido “existencia legal”. Hace referencia más bien a la consolidación de la adquisición de los derechos, por razones de seguridad jurídica. Siendo, pues, la persona por nacer titular de derechos de orden patrimonial desde la concepción -dentro o fuera del seno materno-, parece obvio que también lo es del derecho a conservar la inviolabilidad de su vida desde entonces, porque de lo contrario sería imposible el efectivo goce de aquello que el orden jurídico le reconoce<sup>468</sup>.

## 9.3. Viabilidad de la persona por nacer

VÉLEZ SÁRSFIELD establece una indiferencia en el Código Civil respecto a la viabilidad<sup>469</sup> de la persona por nacer. Por tanto, este criterio de viabilidad no puede utilizarse respecto de los embriones producidos extracorpóreamente, para pretender justificar la selección de los más aptos para su transferencia al útero de la mujer. Esto violaría, además de la ley natural y la legislación civil, la Constitución Nacional en tanto establece el derecho a la vida desde la concepción y la igualdad ante la ley<sup>470</sup>.

<sup>468</sup> Cfr. BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino... *ibidem*, pág. 28.

<sup>469</sup> “La viabilidad, vitalidad o *vital habilis* romana, es la aptitud física u orgánica de la persona para vivir por sus propios medios, una vez producido el nacimiento y la separación de la madre. Algunas legislaciones exigen la viabilidad para otorgar definitivamente el reconocimiento de la personalidad jurídica al ser humano, no bastando el nacimiento con vida si la criatura estaba impedida de seguir viviendo. Dicha aptitud implica que no importa que la persona haya vivido horas, días o momentos (el lapso varía de una legislación a otra), si no puede conservar la vida.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, con acierto, la viabilidad no es exigida, pues ha sido rechazada expresamente por el codificador VÉLEZ SÁRSFIELD en el artículo 72”. MOIA, Ángel L. y FORNARI, Guillermo F., El derecho de nacer: graves reparos morales y jurídicos a una Ley de la ciudad de Buenos Aires que permite adelantar el momento del parto, en “Duc in Altum”, N° 5, (Paraná, 2003). Pág. 73 ss.

<sup>470</sup> También son inconstitucionales todas las leyes que pretenden establecer el criterio



de la viabilidad, tal como ha sucedido con la ley 1044, sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 26 de junio de 2003, que permite el adelantamiento del parto en casos de niños que padecen anencefalia, lo cual implica el adelantamiento de su muerte, ya que se los priva de tiempo de vida intrauterina. Cfr. MOIA, Angel L. y FORNARI, Guillermo F., *El derecho de nacer... ibidem*, pág. 83. Al respecto, cabe citar el caso Tanus (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 11/01/01, en “La Ley” 2001-A, 189; 2001-E, 264), en el cual el Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil “Ramón Sarda” informó que el niño por nacer que padecía de anencefalia tenía **viabilidad nula** en la vida extrauterina. Ese parecer fue reafirmado en la audiencia celebrada en la misma fecha ante la cámara por el subdirector del Hospital. Al respecto, BOSSERT expresó: “El recurrente no ha tachado de arbitrariedad las consideraciones formuladas por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De modo que **han quedado firme los juicios de hecho** allí formulados **en torno a las características del feto anencefálico, su absoluta carencia de viabilidad** ya que morirá a las pocas horas de nacer sea que el parto se produzca ahora o a los nueve meses de gestación, **y a los peligros para la salud psíquica y física de la madre por la continuación de embarazo**. Resulta, entonces, indiscutible en esta instancia que el feto tiene **viabilidad nula** en la vida extrauterina, **que la inducción del parto en este caso representaría un nacimiento prematuro** (no ya como inmaduro, ver explicación del doctor Illia en la audiencia dictada), que existe un peligro o daño para la salud de la demandante por la continuación de un embarazo de esas características, caracterizado como “**daño psíquico**” y que el objetivo del anticipo del parto es evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante” (cons. 13, los subrayados son nuestros). El Dr. RAY explica que el parto inducido puede estar médicamente indicado por causas fetales (casos graves de eritoblastosis fetal o enfermedad hemolítica del recién nacido) o por seria enfermedad de la madre (avanzada tuberculosis pulmonar cavitaria o severa insuficiencia renal o cardíaca; enfermedad psiquiátrica grave -psicosis depresiva con amenazas e intentos de suicidio). Si el parto de un feto que padece anencefalia debe inducirse prematuramente por importantes razones médicas maternas, ello éticamente puede hacerse porque no se busca de ninguna manera la muerte del niño, sólo se tolera el adelanto de la muerte del niño y lo que se busca es el beneficio de la vida de la madre. En estos casos, al niño se lo debe atender, calentar y alimentar adecuadamente hasta que naturalmente se produzca su fallecimiento (Cfr. RAY, Carlos A., *Comentarios sobre el embarazo y nacimiento de niños con anencefalia*, en “El Derecho”, 191-438). Cabe distinguir las causas psiquiátricas de los motivos de sufrimiento psicológico o emocional –como sucede en el caso Tanus que comentamos-. En estos últimos casos no es lícito inducir prematuramente el parto. Lo que debe hacerse es procurar un apoyo psicológico a la madre y a la familia para que puedan afrontar y aceptar el sufrimiento, ya que éste es parte de la vida humana y -para los creyentes- tiene un sentido salvífico. Cfr. JUAN PABLO II, *Carta apostólica Salvifici Doloris sobre el sentido cristiano del sufrimiento humano*, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_letters/documents/hf\\_jp-ii\\_apl\\_11021984\\_salvifici-doloris\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_11021984_salvifici-doloris_sp.html) La Corte resolvió autorizar “la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura –dentro del margen de toda situación vital-

#### 9.4. Status jurídico del embrión fecundado extracorpóreamente

Tal como hemos adelantado en acápite anteriores, no existen seres humanos de **distinta categoría jurídica**, es decir que no puede predicarse un *status* jurídico diferente<sup>471</sup> para las personas, según la edad o etapa de desarrollo biológico en que se encuentren. En consecuencia, es injusto e inconstitucional afirmar la existencia de un “*status* jurídico del embrión concebido extracorpóreamente” **diferente** del *status* jurídico de cualquier otra persona, tal como lo hacen algunos jueces en sus sentencias (cfr. fallos analizados en el capítulo V de esta obra). Mucho menos podría afirmarse la existencia del mencionado *status* del embrión *in vitro* para **disminuir** su protección jurídica, ya que se violaría el principio de los derechos humanos *favor debilis*, entre otros. Sólo podría considerarse que el embrión *in vitro* tiene un *status* jurídico especial para **protegerlo en forma más acentuada** que una persona nacida<sup>472</sup>.

el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir” (Cons. 13 del voto de la mayoría). Como puede apreciarse, en el caso Tanus **la Corte no sentó el criterio de la viabilidad** para reconocer el derecho a la vida del concebido, ni autorizó un aborto, tal como lo proclaman quienes intentan su despenalización y su legalización. Es muy importante dejar en claro este punto por la fuerza que pretende darse a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: v.gr. el caso Sejean (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re S., J. B. c. Z. de S., A. M., 27/11/86, en “La Ley” 1986-E 648) “presionó” al Senado para que se dictase la ley de divorcio, cuando estaba a punto de dejar caducar la media sanción de Diputados. Si bien nuestro sistema jurídico no se basa en el de los Estados Unidos, puede apreciarse la fuerza de los precedentes jurisprudenciales en MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político: jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, 2° reimp., (Buenos Aires, 1995). Edit. Astrea. T. 2, pág. 1089.

<sup>471</sup> Ello se funda en las afirmaciones del Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 1.2: “**persona es todo ser humano**” y en el art. 6: “**Todo ser humano** tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (los resaltados son nuestros). El Código Civil Argentino también reconoce la personalidad jurídica al *nasciturus*, **sin distinción del modo o lugar de su concepción**, como hemos explicado.

<sup>472</sup> El Dr. QUINTANA sostiene al respecto que debe partirse de la premisa que toda vida humana, incluida la del embrión desde el momento preciso de su aparición a la vida tras la fecundación, es un valor objetivo fundamental, intrínseco, que no puede

Por ello y desde el punto de vista estrictamente jurídico positivo, la tolerancia de los poderes del Estado frente a la utilización de estas técnicas de fecundación artificial extracorpórea –que, como mostramos en el capítulo anterior, conllevan la muerte de muchas personas- implica la existencia de dos “categorías de personas”, que jamás antes existieron en la República Argentina: a) las que no tienen ningún derecho, ni siquiera a que se respete su vida –toda persona concebida extracorpóreamente-; y b) las que tienen “derecho” a manipular y matar impunemente y a su solo arbitrio –toda persona que recurra a las técnicas, y todo médico que las practique-<sup>473</sup>. Evidentemente la existencia de estas nuevas categorías de personas viola los tratados de derechos humanos antes enumerados y la garantía de igualdad frente a la ley establecida por el art. 16 de la Constitución Nacional.

quedar abandonado al arbitrio de nuestras apreciaciones y emociones subjetivas. El valor intrínseco de un embrión humano no puede depender de su utilidad para la vida de los demás o de las funciones que pueda ejercer en el contexto de la vida social. Sostiene el jurista que, más allá de la legitimidad de las técnicas en sí mismas, una vez que existe el embrión humano, merece todo el respeto como persona, como sujeto de derecho que es y en consecuencia, cuenta con un espectro amplio de derechos que derivan del derecho supremo a la vida y a la dignidad, entre los que cabe mencionar: 1) derecho a no ser discriminado por razones de enfermedad o deficiencias; 2) derecho a no ser objeto de experimentación; 3) derecho a la propia identidad genética, entre otros (Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Consideraciones... ibidem). Este reconocimiento de la vida humana como bien jurídico y el carácter de persona del concebido, “implica –al decir de ARIAS DE RONCHIETTO- un haz de derechos humanos esenciales, fundados en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, sujeto de derecho: a la vida, a la identidad (derecho al que integran, junto a los correlativos deberes de resguardo y en específica relación con el tema en estudio: el derecho a la identidad genética, el derecho a la propiedad del patrimonio genético, el derecho a la determinación de la paternidad y maternidad y al estado de familia), el derecho a no ser discriminado por no nacido o por enfermo, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la salud física, psíquica y espiritual, el derecho al ejercicio profesional de la medicina y a la investigación científica, y a cuantos otros deberes y derechos se vinculan con ellos”. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones criopreservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre, en “El Derecho”, 188-993.

<sup>473</sup> Este razonamiento lo realiza el Dr. Jorge SCALA respecto del aborto. Cfr. SCALA, Jorge, Dictamen sobre el proyecto de reformas al Código Penal Argentino, en formato digital.

## 9.5. Capacidad de la persona por nacer

“La capacidad concurre con otros atributos para conformar el plexo de instituciones que determinan a la persona en su proyección jurídica, mas es indudable que ella constituye su calidad más destacada, a punto tal que modernamente los conceptos de persona y de capacidad se entrelazan y confunden. Para el derecho la acepción de la personalidad que interesa es la que se refiere al sujeto apto para ser titular de derechos y deberes y para ejercerlos por sí mismo”<sup>474</sup>. Por ello, el Dr. D’ANTONIO ubica la capacidad en una situación privilegiada en relación a los restantes atributos de la persona, y la considera incluida entre los derechos del hombre **anteriores** al Estado mismo, resguardados por la Corte Suprema en su condición de preexistentes a la Constitución Nacional por ser inherentes a la personalidad<sup>475</sup>.

En lo concerniente a la capacidad, el Código Civil Argentino distingue entre la aptitud para ser titular de un derecho (capacidad de derecho) y la posibilidad de ejecutar el derecho (capacidad de hecho). En tanto la primera es propia de toda persona, sólo en relación con la capacidad de ejercicio es donde encuentra significación el estado de minoridad<sup>476</sup>.

El artículo 54 inc. 1 del Código Civil declara incapaces absolutos de hecho a las personas por nacer. Apunta el Dr. BACH que esta incapacidad no deriva de ser estas personas distintas en naturaleza o dignidad del resto de las personas de existencia visible. La razón de la incapacidad absoluta de hecho finca en la imposibilidad de obrar que adolecen las personas por nacer, tal como explica FREITAS, cuyo art. 41, aunque VÉLEZ SÁRSFIELD no lo declare en la nota pertinente, es la fuente del art. 54 de nuestro Código Civil<sup>477</sup>. Según el citado jurista paranaense<sup>478</sup>, la persona

<sup>474</sup> D’ANTONIO, Daniel H., Actividad jurídica de los menores de edad, 2a. edic., (Santa Fe, 1992). Edit. Rubinzal Culzoni. Pág. 13.

<sup>475</sup> Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., Actividad jurídica... ibidem, pág. 14.

<sup>476</sup> Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., Actividad jurídica... ibidem, pág. 17.

<sup>477</sup> Cfr. BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino... ibidem, pág. 27, nota 28.

<sup>478</sup> Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., Actividad jurídica... ibidem, págs. 24-25.

por nacer evidencia sólo aptitud para ser sujeto de derecho<sup>479</sup> más no de deberes<sup>480</sup>.

### 9.5.1. Representación paterna

Concordante con ello, como las personas por nacer son consideradas incapaces de hecho, pero no de derecho, el art. 57 C.C. dispone que sean **representados por sus padres** y, a falta o incapacidad de éstos, **por los curadores que se les nombre**, prescribiéndose en el art. 64 que tiene lugar esa representación siempre que hubieren de adquirir bienes por donación o herencia. La representación paterna (art. 274 C.C.) es una representación **universal**, por extenderse en principio a todo el ámbito del ejercicio de los derechos del incapaz, y es **necesaria** por tratarse de una institución **destinada a otorgar protección** a quien, en la hipótesis de ser privado de la posibilidad de dinamizar sus derechos, quedaría en inaceptable posición para un ordenamiento social justo<sup>481</sup>.

<sup>479</sup> Los arts. 3290 y 3733 C.C. establecen la capacidad de suceder de las personas por nacer, siempre que hayan sido concebidas al tiempo de la muerte del causante, lo que indica a las claras que ése es el momento en el que principia la adquisición de los derechos a los que esos preceptos hacen referencia. Por lo tanto, el “concebido” es titular de derechos, tales como adquirir bienes por donación, herencia o legado (arts. 1789, 3290 y 3733); reclamar alimentos (art. 367 y ss.); ejercer acciones de estado (art. 322); reclamar daños y perjuicios por actos ilícitos cometidos contra él o sus parientes; derechos emergentes de leyes sociales, seguros, etc. Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., *Actividad jurídica... ibidem*, págs. 24-25.

<sup>480</sup> Como correlato de esta situación que responde esencialmente a la condición biológica del sujeto, la persona por nacer puede ser beneficiada con donaciones y recibir bienes en herencia (arts. 64, 3900 y 3733 C.C.); tiene la prerrogativa de prevalerse de la posesión de estado a los fines de establecer su filiación o dar caducidad a la posibilidad de que se impugne su filiación legítima (art. 260 C.C.) y es sujeto de patria potestad (art. 264 C.C.). Puede ser sujeto de emplazamiento a través del reconocimiento en la filiación extramatrimonial y goza de las presunciones legales referidas a la filiación legítima. Igualmente se beneficia a través de lo establecido por el art. 67 del C.C., que impide suscitar pleitos relacionados con la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento. Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., *Actividad jurídica... ibidem*, págs. 24-25.

<sup>481</sup> La incapacidad es una institución que tiene por fin la protección del incapaz, y la representación (paterna o a través de curador de la persona por nacer) resulta rigurosa consecuencia de aquella, siendo en todos los casos la ley la que asume la función tutelar y resultando la forma en que el Estado cumple su tarea esencial de res-

Esta afirmación es de vital importancia en el tema que nos ocupa, ya que frecuentemente se darán en los casos de fecundación artificial extracorpórea **intereses contrapuestos** entre los padres y sus hijos concebidos extracorpóreamente, v. gr. cuando haya embriones “sobrantes” o “no aptos para la transferencia” –es decir, defectuosos, enfermos, etc.-. Estos conflictos de intereses implican un peligro de daño concreto para el representado –v. gr. cuando se decide congelar a estos embriones, o directamente eliminarlos-. Ese peligro se presenta todas las veces que el representante –en estos supuestos, los padres-, por la intervención de un elemento extraño (interés opuesto) no logra de modo exclusivo la realización de los intereses del representado<sup>482</sup>. El tema será desarrollado con mayor amplitud en el capítulo V, cuando analicemos el caso Rabinovich<sup>483</sup>, pero adelantamos nuestra posición diciendo que una posible solución a esta contraposición de intereses es que el Estado les procure un curador.

### 9.5.2. Representación legal

La representación legal de los incapaces se estructura con un espíritu tuitivo y dicho aserto encuentra su máxima expresión con la implementación por nuestro sistema legal de un organismo perteneciente a la esfera del Poder Judicial, el cual, sin contar con potestad jurisdiccional, es llamado para concretar acciones de contralor y resguardo del menor como incapaz de obrar<sup>484</sup>. En

guardo a los sectores sociales que requieren protección. Cfr. D’ANTONIO, Daniel H., *Actividad jurídica... ibidem*, págs. 36-37-39.

<sup>482</sup> El resguardo de los intereses del representado debe siempre estar presente, a plena luz, en la conciencia del representante, al decir de PUGLIATTI. Cfr. PUGLIATTI, Salvatore, *Studia sulla rappresentanza*, (Milano, 1965). s/edit. Pág. 217. Cit. por D’ANTONIO, Daniel H., *Actividad jurídica... ibidem*, pág. 41.

<sup>483</sup> CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

<sup>484</sup> Así, el Ministerio de Menores es el conjunto de funcionarios estatales, esencialmente pertenecientes al orden judicial o asimilados a él, que tienen legalmente asignadas funciones de representación, asistencia y contralor, correspondiéndoles en consecuencia las tareas propias de la tutela oficial de los menores de edad. Al decir de PALACIO, “le corresponde la misión de velar por la persona, bienes, y derechos de los menores y demás incapaces, sea mediante la intervención en los asuntos ju-

consonancia con ello, el art. 59 C.C. establece la representación promiscua del Ministerio de Menores, so pena de nulidad de todo acto o juicio en el cual no hubieren participado.

La Constitución Nacional reformada en 1994, en su artículo 120 define al Ministerio Público como “un órgano independiente<sup>485</sup> con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”, lo cual se ve precisado por la sanción de la ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 (del 11/03/98). Del enunciado del artículo 120 C.N. surge claramente la función “requirente” o “postulante” del Ministerio, ya sea como fiscal, como defensor público de pobres, ausentes e incapaces o como órgano colectivo tutelar de la persona y de los bienes de aquellos. La ley 26.061 establece la creación, modo de elección, duración en el cargo, y funciones específicas<sup>486</sup> a desarrollar por el

diciales concernientes a esas cuestiones, sea a través del asesoramiento y vigilancia que con respecto a ellas desempeñan en el ámbito extrajudicial”. PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil. Sujetos del Proceso, 5° Reimp., (Buenos Aires, 1994). Edit. Abeledo Perrot. T. II págs. 588 y 589.

<sup>485</sup> En general cuando se analiza la independencia del Ministerio Público se la relaciona con la intangibilidad de las facultades investigativas de los fiscales, ignorando un avance menos espectacular, silencioso pero tanto o más trascendente, y con un alto contenido social, incorporado por la reforma constitucional de 1994. Este avance consiste en considerar el derecho de defensa no solamente como una garantía dogmática –cfr. art. 18 C.N.–, sino como una garantía **orgánica**, ya que se ha instituido un órgano de la máxima jerarquía normativa, el Ministerio Público de la Defensa, creado exclusivamente para proteger a las personas frente a las eventuales violaciones de sus garantías constitucionales. “Un avance significativo de la reforma constitucional fue jerarquizar el Ministerio Público de la Defensa, creando el cargo de Defensor General de la Nación. **Hoy podemos afirmar que luego de la reforma constitucional de 1994 se ha terminado de configurar la garantía del derecho de defensa en juicio que establece el artículo 18 de la Constitución. A partir de la reforma no solamente es inviolable, sino que existe un órgano independiente con jerarquía constitucional, el Ministerio Público de la Defensa, que está para asegurar esa inviolabilidad**” (los resaltados son nuestros). Cfr. GILARDENGHI, Anibal. La Defensa Pública Oficial en Argentina. Ponencia presentada en el Primer encuentro de la Defensa Pública Oficial Argentina, desarrollado en Córdoba 2003.

<sup>486</sup> Sus funciones están enumeradas en el art. 55 de la ley, y se cuentan entre las principales: “b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal; c) Velar por el efectivo respeto

Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (Cfr. Cap. III); su art. 47 encomienda al Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes “velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales”, tarea que, en los ámbitos provinciales<sup>487</sup>, desarrolla el Asesor de Menores –bajo diferentes denominaciones según la jurisdicción-. De la normativa mencionada se desprende claramente que el Defensor de Menores no es un mero funcionario de control del proceso, ni un simple colaborador del juez, o puramente órgano de consulta de los Tribunales en materia civil, de familia o de menores. La Constitución Nacional y la ley 26.061 le exigen una participación

a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños, y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación; d) Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera... f) Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de la fuerza pública, de los servicios médicos- asistenciales y educativos, sean públicos o privados”. Y entre sus deberes, podemos destacar (cfr. art. 64 de la Ley): “a) Promover y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuará antes las instancias públicas competentes a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos; b) Denunciar las irregularidades verificadas a los organismos pertinentes quienes tienen la obligación de comunicar al Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el resultado de las investigaciones realizadas; c) Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestiones objeto de su requerimiento; d) Informar a la opinión pública y a los denunciantes acerca del resultado de las investigaciones y acciones realizadas. A tal efecto deberá establecerse un espacio en los medios de comunicación”.

<sup>487</sup> La Dra. BASSET ha señalado en diversas publicaciones los excesos en que ha incurrido esta ley respecto de “la pretendida “competencia administrativa” de la ley 26.061, (que) no rige en ninguna provincia, ni podría hacerlo sin la adhesión de las Provincias, porque sería un atropello al federalismo... Lo cierto es que **la ley 26.061 no sólo no derogó jamás el Ministerio Público de menores e incapaces (cuando pudo haberlo hecho, ya que derogó la ley de patronato), sino que, más aún, lo presupone**, como explícitamente surge del decreto reglamentario de dicha ley” (los resaltados son nuestros). BASSET, Ursula C., Otra inaceptable embestida contra los niños. Acerca del proyecto de abrogar el Ministerio Pupilar, en “El Derecho”, 28/10/2008, N° 12.120.

más activa en la protección y defensa de los más débiles de la comunidad. El Ministerio de Menores puede, por lo tanto, promover acciones por sí mismo, asumiendo la condición de parte, además de su rol tradicional de intervención ante la existencia de intereses de un menor comprometidos en el proceso.

### 9.5.2.1. El Defensor de Menores y la persona por nacer

Es curioso comprobar que ya VÉLEZ SÁRSFIELD previó un complejo sistema de protección civil de la persona por nacer. Así, estableció expresamente el deber del Ministerio de Menores de denunciar un embarazo (art. 66, inc. 3 C.C.) o demandar alimentos al progenitor (art. 272 C.C.) de la persona por nacer (cfr. GBP C/ MHH s/alimentos<sup>488</sup>). Si bien la persona por nacer (expresamente incluida entre los incapaces por el art. 57 C.C.) es representada normalmente por su madre (cfr. art. 57 C.C.), el art. 59 C.C. prevé su doble representación en todos los casos al establecer que “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”.

Por otra parte, señala el Dr. SCALA<sup>489</sup> que, “conforme el mandato imperativo de la naturaleza, los padres tienen la obligación de proteger y formar íntegramente a sus hijos menores; para lo cual disponen de ciertos derechos en relación a las personas y bienes de sus hijos”. Cuando ese mandato imperativo de la naturaleza es contrariado, la justicia debe privar a esos padres de la patria potestad. “El art. 265 del CC establece la obligación del cuidado de los hijos. El incumplimiento del deber de cuidado tipifica una forma de abandono (art. 307, inc. 2º) y resulta causal de pérdida de la patria potestad. Entre tanto, el art. 307 del C.C. sanciona con la pérdida de la patria potestad al padre o madre que ponga “en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo”, caso este último que se refiere a situaciones de gravedad y requiere dolo. No obstante, pone de manifiesto la obligación emergente

<sup>488</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA N° 5 de Rosario, Santa Fe, in re GBP C/ MHH s/alimentos (Expte. N° 1376/08), 06/08/08, en <http://www.notivida.org/>.

<sup>489</sup> SCALA, Jorge, Algunos derechos constitucionales de los padres respecto de sus hijos menores, en “El Derecho” 180-1552.

de la patria potestad, de guardar la salud física, psíquica y moral del hijo<sup>490</sup>. Este supuesto se configurará claramente en los casos en que una mujer embarazada -por sí o representada por sus padres- solicite autorización para realizarse un aborto. Asimismo se configurará en los supuestos en que los progenitores de personas por nacer producidas extracorpóreamente consientan -expresa o tácitamente- que sus hijos sean crioconservados y/o descartados.

### 9.6. Cosa o persona

Señala Jorge SCALA<sup>491</sup> que “los entes que se encuentran en este mundo, tienen sólo dos modos de ser frente al derecho: o se es ser humano o persona (sujeto), o se es cosa (objeto); no hay un tercer modo de ser, ni composición o mixtura alguna entre ambas categorías. Esto deviene así por la misma naturaleza”. En cuanto a las personas, su realidad ontológica funda su posición en el mundo jurídico<sup>492</sup>. Por otra parte, las cosas son todo el resto de los seres, sean inanimados o vivos<sup>493</sup>, y se comportan frente al hombre

<sup>490</sup> BASSET, Úrsula, Acerca de la nueva tendencia de que las abuelas pidan autorización para que sus hijas aborten a sus nietos. Consideraciones jurídicas acerca de la grave ilegitimidad de estos procedimientos, en “El Derecho” 224-833.

<sup>491</sup> SCALA, Jorge, Nota a fallo: Una sentencia ética sobre “Bioética”, en “Semanao Jurídico”, N° 1325, 25/01/01.

<sup>492</sup> La noción realista de persona “está bien lejos del concepto del Código Napoleón, donde la persona, básicamente, es un sujeto de derechos patrimoniales. Y aún mucho más alejada del abstracto reduccionismo kelseniano de “centro de imputación de normas”. Cualquier ser humano -también sólo bajo el aspecto jurídico-, es mucho más que un “centro de imputación de normas”, ente abstracto e inexistente en la naturaleza”. SCALA, Jorge, Nota a fallo: Una sentencia ética... ibídem.

<sup>493</sup> “Aún distinguiendo entre cosas propiamente dichas y semovientes, y aceptando regulaciones jurídicas diversas entre ambas categorías, es preciso reconocer que frente a la persona, los semovientes son también cosas... Los inanimados, son los seres movidos por agentes externos conforme las leyes de la física, la química, etc., su carácter de “cosa”, resulta evidente. Los seres vivos no humanos, carecen de inteligencia y voluntad, su obrar no es libre, sino necesario. Son capaces de efectuar diversas operaciones, pero sin poder comprenderlas, amarlas, ni dejar de realizarlas si están “programados” para ellas. Al estarles naturalmente vedado el autoproponearse fines y elegir los medios adecuados, y comprender lo que hacen; es imposible que ocupen el rol de sujetos de derecho; mucho menos, podría catalogárselos como “personas”. Su papel es naturalmente pasivo, sólo pueden ser objetos del derecho, y por ello, los denominamos “cosa”. Entre cosa y persona, la misma naturaleza -es de-

como un objeto<sup>494</sup>; siendo el hombre el único sujeto de derechos<sup>495</sup>. La consecuencia de esta distinción es la disparidad con que el derecho considera ambas realidades<sup>496</sup>.

cir la realidad intrínseca-, ha creado una barrera infranqueable. El Derecho, si quiere merecer tal nombre, debe aceptar y respetar dicha barrera". Cfr. SCALA, Jorge, Nota a fallo: Una sentencia ética... *ibidem*.

<sup>494</sup> Las "cosas jurídicas" asumen una distinta relevancia y, desde luego, desigual relieve ontológico –menor- que las personas o sujetos o agentes jurídicos. El buen orden de las cosas parece exigir que éstas se subordinen al hombre a quien cabe, sí, la noción singularísima de sujeto de derecho. Es decir que las cosas están al servicio de las personas y no al revés. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. IV. Derecho. 2 Sentido de los términos, en formato digital.

<sup>495</sup> Por ello las cosas son medios a ser utilizados por los seres humanos, de acuerdo con sus fines naturales o los que -en uso o abuso de la libertad-, se autopropongan. Por ello, los otros seres tienen el rótulo jurídico de "cosa" u objeto de derecho. Cfr. SCALA, Jorge, Nota a fallo: Una sentencia ética... *ibidem*.

<sup>496</sup> "En efecto, como toda cosa -desde un punto de vista jurídico-, es un medio para que alguna persona cumpla determinado fin -impuesto autónoma o heterónomamente-, las cosas son susceptibles del derecho de propiedad. Por ende, la ética de las cosas, podría reducirse a la consideración de dos problemas básicos: 1º) los títulos para su justa apropiación por algún hombre; y 2º) el justo precio de la cosa. Una vez que la cosa es adquirida por una persona, ésta -en principio-, puede hacer con ella lo que le parezca más conveniente, en tanto y en cuanto no cause daños a sí mismo ni a terceros, y tenga en cuenta las obligaciones que le impone la solidaridad con sus semejantes, todo lo cual impone una serie de restricciones razonables al dominio. Muy por el contrario, toda persona es un fin en sí misma, un verdadero microcosmos. Su espiritualidad intrínseca marca la grandeza de su dignidad. El conocer la verdad y el amar libremente el bien, le son posibles; es más, constituyen la felicidad que anhela -aún sin saberlo-, todo corazón humano. En este camino de lograr la propia perfección posible, ningún ser humano puede tomar a otro como puro medio. Resulta obvio que en toda relación contractual, ambas partes se toman a sí mismas -en parte y sólo en parte-, como medios para obtener aquellos fines propuestos al contratar; pero no es la totalidad de la persona en sí misma el medio, sino su trabajo o alguna de sus cualidades, y siempre en forma temporal. En esto radica la profunda indignidad de la esclavitud, la servidumbre, la prostitución, y cualquier otra forma de dominio abusivo de un hombre, respecto de otro semejante. Esta dignidad propia del género humano origina una serie de derechos inalienables por naturaleza, como por ejemplo: a la inviolabilidad de la vida humana, a la integridad corporal, a la inmunidad de tortura, a la libertad religiosa, a contraer matrimonio, a escoger la educación que habrá de darse a sus hijos, al debido proceso, a la igualdad ante la ley, etc. Por tanto, la persona humana está fuera del comercio". SCALA, Jorge, Nota a fallo: Una sentencia ética... *ibidem*.

Sin embargo, las diversas técnicas de fecundación artificial implican la manipulación de embriones, la muerte de muchos de ellos y la violencia ejercida en nombre de "la ciencia" contra todos ellos. En definitiva, bajo el trillado argumento de la consecución del tan supuesto como inexistente "derecho al hijo", los embriones son tratados como si fueran "cosas que están en el comercio". En efecto, "la relación comercial comienza con un cliente que contrata un laboratorio -abonando sumas importantes-, para que éste le "fabrique" un hijo. Por ahora, el hijo no es confeccionado a medida, porque la técnica es aún bastante primitiva. Pero -debemos confesarlo en honor a la verdad-, tal tecnología además de tosca es cruel, fundamentalmente muy cruel e inhumana. La aceptación legal o la tolerancia social, de cualquier técnica de procreación artificial implica -necesariamente-, adoptar la postura jurídica de que el embrión humano es una cosa. Y si fuera una cosa, todo el dilema ético de la cuestión, se reduciría a que alguien -en general los dadores de los gametos-, pague el justo precio, y tenga -además-, un título justo de apropiación. El resto serían escrúpulos... Ahora bien, para cualquiera que considere al embrión como persona humana, le resulta evidente la definitiva ilegitimidad e injusticia intrínseca, de toda técnica de fecundación artificial"<sup>497</sup>.

## 9.7. Actos de objeto ilícito

En estrecha relación con lo explicado en el punto anterior, todo acto jurídico que tenga por objeto la manipulación<sup>498</sup> de una persona humana, considerándola como una cosa que está en el comer-

<sup>497</sup> Cfr. SCALA, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad de la vida humana y su dignidad, en [http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge\\_Scala.htm](http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge_Scala.htm)

<sup>498</sup> Téngase presente lo desarrollado en los capítulos anteriores: que por medio de la fecundación extracorpórea se "producen" personas en un tubo de ensayo, se seleccionan las más aptas para su implantación y las sobrantes se crioconservan a 196 grados bajo cero en tanques de nitrógeno líquido, *sine die*, lo cual implica finalmente su muerte.

cio<sup>499</sup>, es un acto de objeto ilícito (cfr. art. 953 C.C.<sup>500</sup>). En efecto, todos estos actos, además de violar nuestro ordenamiento jurídico constitucional -en tanto establece el derecho a la vida desde la concepción, la dignidad de toda persona, el interés superior del niño, la no discriminación por ningún motivo injusto y la igualdad ante la ley-, son ilícitos porque sus objetos están prohibidos por las leyes, perjudican los derechos de terceros (las personas por nacer) y son contrarios al orden público<sup>501</sup>, a la moral y las buenas

<sup>499</sup> En efecto, “en la fecundación artificial el hijo por venir es materia de un contrato entre el o los progenitores y el prestador del servicio que por tanto se compromete a realizar un “opus” u obra... el contratista quedaría sujeto a todas las responsabilidades propias de su oficio, una de ellas no de menor cuantía es la de entregar el producto en buen estado y también no encontrarse sujeto a las consecuencias de los vicios reprobatorios. Será quizás por eso que no se tiene conocimiento que nazcan niños defectuosos, pudiendo imaginarnos lo que ha sucedido en casos que las anomalías se hayan detectado antes de la finalización del contrato. En consecuencia no es baladí afirmar que el embrión es considerado como un objeto; con toda propiedad se ha hablado de “instrumentación” del embrión por medio de las manipulaciones técnicas que alteran el proceso natural de procreación”. QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas... ibidem*.

<sup>500</sup> El art. 953 C.C. establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

<sup>501</sup> En cuanto a la noción de orden público, Jorge Joaquín LLAMBÍAS, escribe que “se denomina orden público al conjunto de principios eminentes -religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida” (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, (Buenos Aires, 1993). Parte General, Edit. Abeledo Perrot, T. I, p. 158. Cit. por MONTEJANO, Bernardino (h), *Poder jurídico y derecho natural... ibidem*). MONTEJANO explica que, en realidad, el orden público no son los principios, sino su concreción en normas jurídicas imperativas, que no pueden ser derogadas por convenciones particulares y que garantizan certeza, seguridad y cierta moralidad pública. Así, el orden público se basa en principios -asumidos por el derecho normativo positivo- y apunta a garantizar la seguridad y la tranquilidad (cfr. MONTEJANO, Bernardino (h), *Poder jurídico y derecho natural... ibidem*). El Dr. RISOLÍA establece como finalidad del instituto del orden público, “lograr un estado objetivo de armonía, paz social y bien común” (RISOLÍA, Marco A., *Orden Público y Derecho Privado Positivo*, (Buenos Aires, 1957). Asociación Argentina de Derecho Comparado. Pág. 30. Cit. por MONTEJANO, Bernardino (h), *Poder jurídico y derecho natural... ibidem*). Parfraseando a Madre Teresa de CALCUTA en un discurso referido al aborto (BAJAXHIU, Agnes Gonxha (Madre

costumbres. Por lo tanto quedan comprendidos en la sanción de nulidad establecida por el art. 953 C.C.: son actos nulos de nulidad absoluta e insanable.

Cabe recordar aquí el art. 2 *in fine* de la ley 26.061<sup>502</sup> que declara de “orden público” los derechos y garantías de los niños desde su concepción, declaración que -además de impedir la aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como fundamento para la autorización legislativa o judicial de las técnicas de fecundación extracorpórea o su tolerancia de hecho por parte del Estado Argentino, como antes dijimos- determina que todo acto que lo contraríe es -reiteramos- nulo de nulidad absoluta e insanable.

El principio dispositivo que rige nuestro proceso civil limita las facultades de los magistrados impidiendo -por regla general- que se pronuncien sobre aspectos que las partes no han sometido a su consideración. Pero esta regla reconoce una excepción importante, contenida en el artículo 1047 del Código Civil, para el caso en que la nulidad “aparece manifiesta en el acto”. Para que el juez pueda proceder de oficio<sup>503</sup> es menester que se conjuguen ambas circunstancias, o sea que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá ineludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto<sup>504</sup>.

Teresa de Calcuta), *Discurso en el Desayuno anual de Oración*. (Washington D.C., 1994), ante el presidente de Estados Unidos, Bill CLINTON y Al GORE, su vicepresidente), podemos afirmar que la amenaza más grande que sufre la paz social hoy en día es la manipulación de la vida humana naciente mediante las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Y lo es porque manipular la vida naciente es hacer la guerra al niño, al niño inocente que sufre violencia y muchas veces muere a manos de los médicos cuya vocación es salvar vidas, y como consecuencia del pedido de sus propios padres, que contratan el uso de estas técnicas. Si aceptamos que un médico pueda matar a su propio paciente, en connivencia con sus padres, ¿cómo podremos decirle a otros que no se maten?

<sup>502</sup> Art. 2 *in fine* ley 26.061: “Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”, derechos entre los cuales se cuenta primordialmente el derecho a la vida.

<sup>503</sup> El art. 1047 C.C. permite y obliga al juez a declarar la nulidad absoluta, “aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto”.

<sup>504</sup> Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*. (Buenos Aires, 1961). Edit. Abeledo Perrot. T. 2, N° 1974, p. 627.

Por tanto, consideramos que, v. gr. los contratos celebrados entre los centros de fecundación artificial extracorpórea y los clientes –y todos los contratos y actos jurídicos conexos- ya que afectan en forma patente el orden público- son nulos de nulidad absoluta y deben ser declarados tales de oficio por los jueces.

Así, en los casos en que se demanda ante la justicia a las obras sociales y prepagas para que otorguen cobertura gratuita de estas técnicas, los jueces deberán no sólo rechazar la demanda sino también declarar de oficio la nulidad del contrato que vincula a los clientes con los centros de fertilidad, lo cual los priva de todo efecto jurídico. Estos casos serán analizados en el capítulo V.

Dentro de los actos de objeto ilícito que conllevan estas técnicas, consideraremos a continuación uno que ostenta especial gravedad: la crioconservación de los embriones.

### 9.7.1. Crioconservación de embriones

La crioconservación de embriones -explicada en el capítulo anterior- implica condenarlos a **desacelerar bruscamente su desarrollo** (es decir, hacer más lento el proceso biológico natural al que tiene derecho todo ser humano vivo) y a permanecer a 196 grados centígrados bajo cero, en un hábitat no acorde a la dignidad de esta vida incipiente. Por ello afirmamos que esta técnica, íntimamente ligada a la fecundación artificial extracorpórea, viola la dignidad humana –reconocida, como antes señalamos, en diversos tratados constitucionalizados-, y la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 6 inc. 2, en tanto establece que “los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la **supervivencia y el desarrollo del niño**” (el resaltado es nuestro), ya que precisamente con el congelamiento de los embriones se interrumpe su desarrollo y se pone seriamente en riesgo su supervivencia.

Hemos mencionado anteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo art. 7 prohíbe los tratos crueles o inhumanos, entre los cuales cabe contar la congelación de embriones: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o

científicos”. Este consentimiento al que alude el artículo no puede ser suplido por el del representante del incapaz –sus padres- por tener intereses contrapuestos con los de sus hijos, y además, en general, no puede ser suplido por ningún tipo de representación, ya que se trata de un acto intrínsecamente injusto.

Por otra parte, la tolerancia por parte del Estado Argentino de la realización de estas técnicas está en abierta contradicción con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en su art. 1 define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves... basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. La crioconservación es intencional, inflige daños severos a una persona -desarrollados en el capítulo anterior- y se basa en una discriminación –discriminación por motivos de salud, es decir, la selección de los embriones menos aptos para transferencia, a los cuales se decide congelar-. Por otra parte, los daños mencionados se realizan con la aquiescencia de funcionarios públicos. Se da una tolerancia estatal en vez de su sanción penal, exigida por el art. 4 de la citada Convención. En algunos casos se llega a la instigación por parte de autoridades estatales a cometer estas violaciones a los derechos de los embriones. Tal es el caso de los jueces que ordenan la cobertura por parte de las obras sociales y prepagas de diversas técnicas de fecundación extracorpórea, incluyendo la crioconservación de los embriones sobrantes (fallos que se analizarán en el capítulo V de esta obra).

Si bien los daños producidos a los embriones por la congelación fueron probados en el capítulo anterior, podría objetarse que la crioconservación no implica un “dolor o sufrimiento” al embrión, según la terminología de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Baste citar para refutar esa objeción –entre la abundante bibliografía científica existente al respecto- una ponencia de la Dra. Alicia ERRÁZ-



QUIN<sup>505</sup> en la que afirma que el embrión siente dolores verosímilmente más que un adulto.

Además, la congelación de embriones en sí misma supone continuar y abonar un medio no natural, desproporcionado e indigno, exponerles a graves riesgos de muerte o daño, privarles de la acogida materna y dejarles en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones, tal como se denunció en el capítulo anterior, todo lo cual contraría el requisito de atender fundamentalmente “el interés superior del niño” (art. 18 inc. 1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Si a esto se agrega que la crioconservación se realiza, generalmente, por tiempo indefinido, se aprecia que ésta sólo alarga artificialmente la fase final de la vida del embrión en situación irreversible. La crioconservación indefinida no es sino el aplazamiento deliberado de la muerte, por meses o años, en condiciones inhumanas.

Pero el rechazo a la criocongelación de embriones humanos radica principalmente en lo que significa en sí misma: congelar a un ser humano al inicio de su vida es un acto intrínsecamente injusto porque supone la interrupción violenta de un proceso de

<sup>505</sup> “En este sentido, son interesantes los estudios que se han hecho para determinar el nivel de ciertas hormonas indicativas del dolor (betaendorfinas y cortisona) antes y después de la punción de la vena hepática del feto en el útero, hecha por descubrimientos transfusionales. Se comprobó que el aumento de hormonas es indicativo del dolor como en adultos. Un hecho notorio es que, en el neonato la densidad de receptores y de sustancia P (sustancia mediadora del dolor) es mayor que en el adulto (cfr. Bellieni, Carlo, Bagnoli F., Perrone S., Nenci A., Cordelli D. M., Fusi M., Ceccarelli S., Bounocore G., *The effect of multi-senoty stimulation on analgesia in term neonates: a randomized controlled trial*, *Pediatr. Res.* 51 (4) pp.460-463, 2002). Este dato ha permitido sostener que la sensación dolorosa es mayor en el neonato que en el adulto. El dolor del feto y del neonato se revela como el dolor que experimenta un sujeto que aún no está preparado para sufrirlo. El estudio del dolor del feto amerita una exhaustiva investigación futura, y para ello necesita del perfeccionamiento de estudios propios de la ciencia que puedan explicarlo. No hay al presente investigaciones que aseveren que antes de la semana 20 de gestación no exista percepción del dolor, por lo que **no puede excluirse la presencia de éste desde mucho tiempo antes** (Cfr. Bellieni, Carlo Valerio, *“L'alba dell'io” Dolore, desiderio, sogno, memoria del feto*” Società Editrice Fiorentina, 2004, pp. 33-35). ERRÁZQUIN, Alicia, *¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia*, ponencia presentada en III Jornadas Nacionales y I Iberoamericanas de Derecho Natural, Paraná, 2005.

desarrollo vital que el propio embrión humano dirige.

Quienes defienden la congelación indefinida lo hacen desde las consecuencias supuestamente positivas que se derivarían de ella: que en algún momento los embriones puedan ser “adoptados” y evitar así su muerte y su reducción a material de experimentación. Pero, como afirma ZURRIARÁIN<sup>506</sup>, la defensa de la congelación puede servir también para debilitar la conciencia de que se está obrando injustamente al producirse embriones extracorpóreamente y, por otra parte, contribuir al aumento de embriones congelados.

### 9.7.2. Posibles soluciones para los embriones que se encuentran congelados

Si, como quedó sentado, nuestra legislación protege la vida humana desde su concepción, “en relación al gran número de embriones congelados ya existentes, se plantea la siguiente pregunta: ¿qué hacer con ellos? Algunos se interrogan al respecto ignorando el carácter ético de la cuestión, movidos únicamente por la necesidad de... vaciar cada cierto tiempo los depósitos de los centros de crioconservación, que después se volverán a llenar. Otros, en cambio, son conscientes de que se ha cometido una grave injusticia, y se interrogan sobre el modo de cumplir el deber de repararla. Son claramente inaceptables las propuestas de utilizar tales embriones para la investigación o para usos terapéuticos, porque implica tratarlos como simple “material biológico” y comportan su destrucción. Tampoco es admisible la propuesta de descongelar estos embriones y, sin reactivarlos, utilizarlos para la investigación como si fueran simples cadáveres. También la propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como “terapia” de infertilidad, no es éticamente aceptable por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada; esta práctica implicaría además otros problemas de tipo médico, psicológico y jurídico. Para dar la oportunidad de nacer a tantos seres humanos condenados a la

<sup>506</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones humanos congelados... ibídem*, pág. 301.

destrucción, se ha planteado la idea de una “adopción prenatal”. Se trata de una propuesta basada en la loable intención de respetar y defender la vida humana que, sin embargo, presenta problemas éticos no diferentes de los ya mencionados. En definitiva, es necesario constatar que los millares de embriones que se encuentran en estado de abandono determinan una situación de injusticia que es de hecho irreparable<sup>507</sup>.

Como claramente lo explica el Dr. HERRERA<sup>508</sup> “es ilícita la experimentación (no terapéutica) sobre embriones humanos vivos, viables o inviables. No es lícita la comercialización de embriones o fetos humanos vivos o muertos, ni de material genético (arts. 502, 953 y 1167, cód. civil). No es lícita la utilización de embriones humanos (a veces producidos a tal efecto) todavía vivos como material biológico abastecedores de órganos y tejidos para trasplantar. Es ilícito el descarte de embriones (sobrantes o supernumerarios). Es ilícita la crioconservación de embriones humanos”. Por ello, se muestra imperiosa la necesidad de que “se detenga la producción de embriones humanos, teniendo en cuenta que no se vislumbra una salida moralmente lícita para el destino humano de los miles y miles de embriones “congelados”, que son y siguen siendo siempre titulares de los derechos esenciales y que, por tanto, hay que tutelar jurídicamente como personas humanas”<sup>509</sup>.

“En los países que no prohíben las técnicas extracorpóreas, el legislador que quiere tutelar a los embriones para que no sean congelados, se enfrenta a un dilema sin solución éticamente aceptable. En efecto, una prohibición absoluta de la crioconservación significaría que, ante cualquier imposibilidad de transferir a la madre los embriones concebidos extracorpóreamente, ellos estarían destinados a morir, bien por abandono, bien por ser destinados a la investigación científica. En caso que no se prohibiera en

<sup>507</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción “Dignitas Personae...”,... ibídem, N° 19.

<sup>508</sup> HERRERA, Daniel A., El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica, en “El Derecho Diario de Política Criminal”, 08/09/2005, N° 11.338.

<sup>509</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción “Dignitas Personae...”,... ibídem, N° 19.

forma absoluta la crioconservación, resultaría difícil determinar en qué casos se la autoriza. Además, una vez admitida la posibilidad de crioconservar embriones, cualquier situación posterior que determinara la imposibilidad de transferencia a la madre (muerte, incapacidad, abandono) genera el problema del “destino” de esos embriones congelados abandonados. El tercer supuesto que complica el panorama está constituido por el divorcio del matrimonio que accede a las técnicas y las disputas sobre el “destino” de los embriones. En este caso, se generan innumerables situaciones que exceden el acotado ámbito de este trabajo, pero que son demostrativas de la inconveniencia tanto de admitir la posibilidad de la crioconservación, cuanto de permitir la fecundación extracorpórea”<sup>510</sup>.

### 9.7.2.1. Adopción prenatal

Los principales argumentos a favor de la adopción prenatal radican en la dignidad del embrión –a nuestro juicio mal entendida-, que tendría derecho a ser gestado -por su madre biológica o en su defecto por una madre adoptiva-. Esto permitiría la supervivencia de algunos embriones –aproximadamente uno de cada cuatro que se transfieren-. Además, serviría para mitigar la demanda de niños nacidos para adoptar de muchos matrimonios infértiles, ya que las listas de espera en Argentina oscilan entre 5 y 10 años. Por otra parte sostienen que biológicamente se daría una situación similar a la maternidad subrogada o de alquiler (que explicaremos más adelante), pero de naturaleza ética diferente (ya que no es lo mismo adoptar que alquilar el vientre para gestar un hijo para otras personas).

#### 9.7.2.1.1. Transgresión de la ley natural

Pero más allá de la terminología que se emplee<sup>511</sup>, consideramos

<sup>510</sup> LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, Técnicas de procreación humana: propuesta... ibídem.

<sup>511</sup> Podría interpretarse que la ley española 14/2006 y modificatorias permite la adopción prenatal, al admitir la “donación” de embriones con fines reproductivos (art. 11.4).

que la “adopción prenatal” en sí misma es contraria a la ley natural. La solución de la adopción prenatal **tiene el mérito de reconocer el derecho a la vida de los embriones fecundados extracorpóreamente**. Sin embargo, no se pueden ocultar los graves interrogantes que ésta despierta: ¿caso no trasluce los mismos criterios utilitarios y deshumanizantes que constituyen el trasfondo de las técnicas de fecundación artificial? En efecto, ¿se podrá evitar toda forma de selección preimplantacional, o frenar la fabricación de embriones con fines de adopción? Por otra parte, ¿puede concebirse una relación diáfana entre las clínicas que fecundan embriones y los médicos que los transferirían a las madres adoptivas? ¿No estamos nuevamente frente a una cosificación y manipulación del embrión, con el agravante de que estaría legitimada e incluso promovida por ley?

La transmisión de la vida está inscrita en la naturaleza, y sus leyes siguen siendo norma no escrita a la que todos deben remitirse<sup>512</sup>. Según las leyes de la naturaleza humana, el hijo es “concebido” y “gestado” dentro del vientre de la misma mujer, de la misma madre. Por tanto, separar concepción de gestación es contrario a la ley natural.

La respuesta de los autores a este punto es que esa separación entre concepción y gestación no es obra de la pareja o mujer “adoptante”, sino que ya ha sido realizada por los que operaron la producción del embrión “*in vitro*” y su posterior congelación. Pero esto no es totalmente así. Sin la intervención de esta pareja o mujer “adoptante”, el embrión no sería gestado en un vientre en

Pero consideramos que la terminología es “inadecuada”, al decir de VIDAL MARTÍNEZ, pues la figura de la donación es patrimonial. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J., De derechos inherentes en la reproducción asistida, p. 278-279. Cit. por ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... *ibidem*, pág. 216. Concordamos con esta postura, agregando que el objeto de la donación son las “cosas”, no las personas. Se agrega así un argumento más a favor de la tesis del Dr. SCALA -explicada anteriormente- sobre el trato de “cosa” que se da a los embriones a consecuencia de estas técnicas.

<sup>512</sup> Cfr. BENEDICTO XVI, Discurso a los participantes en el Congreso Internacional promovido por la Universidad Pontificia Lateranense, en el 40° aniversario de la Carta Encíclica *Humanæ vitæ* (10 de mayo de 2008), en “L'Osservatore Romano”, 11 de mayo de 2008, pág. 1; cfr. JUAN XXIII, Carta Encíclica *Mater et magistra*, (Ciudad del Vaticano, 15 de mayo de 1961), III: AAS 53 (1961), 447.

el que no ha sido concebido, lo cual es intrínsecamente malo<sup>513</sup>. Esta

<sup>513</sup> En definitiva, o bien la relación entre concepción y gestación carece de toda dimensión ética, o, si la tiene, de modo que es una acción moralmente mala la que los separa. Entonces: o bien la intención buena puede hacer bueno un acto malo, o no. Al respecto cabe decir que para que un acto sea lícito moralmente, nunca basta la obtención de un buen fin, sino que además la conducta debe ser lícita por su género u objeto (cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, 18, 2 c y 4 c; 18, 4, ad 3; In II Sent. d. 36, a 5, ad 2). En la cuestión sobre el homicidio, expresa Santo TOMÁS que matar a un hombre inocente “es malo en sí mismo” (*ibidem*, II-II, 64, 2 ad 3). En la cuestión acerca de la mentira, niega la tesis de que pueda justificarse una mentira para evitar un homicidio (cfr. *ibidem*, II-II, 110, 3 ad 4. También De malo, q 15, a 1, ad 5). Es decir, no es lícito obrar algo malo en sí mismo, ni siquiera como medio para la salvación eterna del prójimo (cfr. *ibidem*, III, 68, 11, ad 3; 80, 6 ad 2). Y en relación con el bien común, enseña rotundamente: “Nadie debe dañar a otro injustamente, para promover el bien común” (cfr. *ibidem*, II-II, 68, 3 c). Siendo las dos primeras alternativas planteadas al inicio de esta nota a pie de página (a. la relación entre concepción y gestación carece de toda dimensión ética; b. si la tiene, de modo que es una acción moralmente mala la que los separa, la intención buena puede hacer bueno un acto malo) inaceptables en la moral natural, sólo queda la tercera: la “adopción prenatal” no es moralmente lícita. Asimismo, sigue en pie el hecho de que en el vientre de la mujer se está desarrollando el fruto de unos gametos que no son los suyos ni los de su esposo. “El respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio; el vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro. El recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad”. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Donum Vitæ sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, (Ciudad del Vaticano, 22/02/87), AAS 80 (1988), 70-102, en [www.vatican.va/rc\\_con\\_cfai-th\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/rc_con_cfai-th_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html), en la respuesta a la pregunta N° 2. ¿Cómo decir entonces que el matrimonio “no se ve herido” por el hecho de que la mujer lleve en sus entrañas a un embrión que ha venido a la existencia gracias a los gametos de otro hombre que no es su esposo, y de otra mujer que no es ella misma? Por otra parte, la dignidad del embrión conlleva la dignidad de su concepción, su derecho a ser concebido y gestado como consecuencia de un acto conyugal y no en un laboratorio. Su transferencia al útero de la mujer consiste en una **nueva manipulación** del mismo, que se suma a las anteriores ocasionadas por su fecundación extracorpórea. Por lo demás, la experiencia demuestra que sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana. “El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana... La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad

nueva anomalía se agrega a la previamente realizada por los que lo produjeron “*in vitro*” y lo congelaron, pero es obra de la pareja o mujer adoptante<sup>514</sup>.

Sostienen los defensores de la llamada “adopción prenatal” que “el punto decisivo es que el objeto del acto moral de la adopción de embriones no es una “procreación heteróloga”. No se puede considerar la adopción de embriones como parte de la procreación. La procreación se refiere necesariamente a un evento que consiste en el paso del no-ser al ser. No hay personas “parcialmente procreadas”. Por lo tanto, cuando tiene lugar la implantación de un embrión en el vientre de una mujer, no es un acto de procreación, pues la criatura implantada ya está completamente procreada. La gestación no es en cuanto tal procreación ni parte del acto sexual. Es un fenómeno biológico importante, con profundas repercusiones psicológicas, afectivas y personales, pero no es procreación”. (...) “Esto muestra, una vez más, cómo la transferencia del embrión al útero materno es inmoral en el contexto de un acto humano cuyo objeto moral es la procreación, pero no en aquel cuyo objeto moral es la adopción y la acogida”<sup>515</sup>.

Pero esta argumentación es errónea, en primer lugar porque **se utiliza la palabra “objeto” para referirse a la intención del agente** (intención de procrear o de adoptar), **siendo el verdadero objeto del acto la transferencia del embrión al útero de la mujer. Y un “objeto malo”** –tal es la transferencia, porque separa la concep-

responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen” (CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae...* *ibidem*, respuesta a la pregunta N° 1 y 3).

<sup>514</sup> La disociación entre el acto conyugal procreativo y el embarazo-maternidad tiene dos fases o etapas: 1) la producción del embrión fuera del vientre materno y 2) la implantación de ese embrión en el vientre de una mujer que no lo ha concebido. Es innegable que este segundo acto agrega algo a esa segregación: sin este segundo acto, no se daría esa realidad claramente disociativa de los dos aspectos, que es **el crecimiento del embrión en un vientre en el que no ha sido concebido**. Sin este segundo acto solamente se daría la existencia del embrión ya concebido sin un embarazo y gestación consiguiente.

<sup>515</sup> LÓPEZ BARAHONA, Mónica; LUCAS, Ramón; ANTUÑANO ALEA, Salvador, *La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones*, en <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1648/articulo.php?id=26064>.

ción de la gestación, entre otras razones antes enumeradas- **no se torna intrínsecamente bueno por la intención del agente**. Es malo en sí mismo y por sí mismo, independientemente de la intención y de las circunstancias<sup>516</sup>. Por tanto, la adopción prenatal es

<sup>516</sup> Sin duda, reiteramos, no es lo mismo la “maternidad sustitutiva” que la “adopción prenatal”: se diferencian por la finalidad del agente. En el primer caso, se trata de una mujer que asume temporalmente en su vientre el fruto de una concepción que se ha dado fuera de él, con la finalidad de entregarlo luego a la que será su “madre legal”, generalmente por una suma de dinero. En la “adopción prenatal”, se trata por el contrario de una mujer que aloja en su vientre al fruto de una concepción que ha tenido lugar fuera de él, con la finalidad de darlo a luz y criarlo.

Hay una diferencia evidente en las intenciones, pero solamente allí. Y, como antes explicamos, no es suficiente la buena intención para hacer bueno un acto que es de suyo intrínsecamente malo. Como afirma Néstor MARTÍNEZ, en cuestiones morales hay que tener presente, ante todo, los imperativos absolutos que derivan del carácter intrínsecamente malo de ciertas acciones, que por ello mismo no deben ser realizadas bajo ninguna circunstancia. Esto no admite grados. Una acción, o es intrínsecamente mala, o no lo es. En el primer caso, simplemente no debe hacerse. Sólo si el “objeto moral” de un acto en sí mismo considerado es moralmente **indiferente**, puede constituirse -por la intención del agente- en bueno. Nos preguntamos entonces: ¿es moralmente indiferente la transferencia al vientre de la mujer, de un embrión que no ha sido concebido en ella, y que ha sido concebido gracias a los gametos de terceros que no son ni de ella ni de su esposo? Ya hemos fundamentado nuestra respuesta negativa en la unidad y fidelidad del matrimonio, en la conyugalidad, en el derecho del embrión a ser gestado en el vientre de su madre, sin que se disocien concepción y gestación, entre otras razones. Cfr. MARTÍNEZ, Néstor, *¿Es moralmente lícita la adopción prenatal?*, en “Revista virtual Fe y Razón” N° 30, Diciembre 2008. <http://www.feyrazon.org/Revista/FeyRazon30.htm#FV2>. Lo explica la *Encíclica Veritatis Splendor* en su N° 52: “Los preceptos negativos de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se trata de prohibiciones que vedan una determinada acción “*semper et pro semper*”, sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo... Por otra parte, el hecho de que solamente los mandamientos negativos obliguen siempre y en toda circunstancia, no significa que, en la vida moral, las prohibiciones sean más importantes que el compromiso de hacer el bien, como indican los mandamientos positivos. La razón es, más bien, la siguiente: el mandamiento del amor a Dios y al prójimo no tiene en su dinámica positiva ningún límite superior, sino más bien uno inferior, por debajo del cual se viola el mandamiento... Se dan comportamientos que nunca y en ninguna situación pueden ser una respuesta adecuada, o sea, conforme a la dignidad de la persona. En último término, siempre es posible que al hombre, debido a presiones u otras circunstancias, le sea imposible realizar determinadas acciones buenas; pero nunca se le puede impedir que no haga determinadas acciones, sobre todo si está dispuesto a morir antes que hacer el mal”. JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Veritatis*

un acto contrario a la ley natural y por ende consideramos que debe ser prohibido por el ordenamiento jurídico positivo.

Excede el marco de esta obra la consideración en profundidad de la solución que deberán dar los jueces en los casos que se les presenten concernientes a embriones congelados. Sin embargo, al ponerse esta “situación de injusticia de hecho irreparable” de los embriones crioconservados ante los tribunales para que se pronuncien, éstos deberán aportar una solución al caso. **No des-  
deñando los aspectos dramáticos del caso a decidir**, pensamos que los jueces deberían aplicar la **teoría del mal menor**<sup>517</sup>, la cual implica tolerar pasivamente un mal menor para no ordenar que se cometa un mal mayor, al no haber una opción buena posible.

#### 9.7.2.1.2. Condiciones para la adopción prenatal

En caso de autorizarse legislativa o judicialmente la adopción prenatal de embriones crioconservados, sostenemos que, para que el acto de implantación de los embriones sea menos grave desde un punto de vista moral y jurídico, se deberían cumplir ciertas condiciones: la implantación debería efectuarse por profesionales que nunca hayan realizado estas técnicas de fecundación artificial extracorpórea, que sea conocida públicamente su posición en contra de las mismas, y los embriones deberían darse en adopción prenatal a matrimonios que cumplan las mismas condiciones (no haberse sometido nunca a estas técnicas y haberse pronunciado públicamente en contra de ellas). Además consideramos que sería óptimo que el asesoramiento y atención profesional del médico a

splendor, 06/08/93, AAS 85 (1993). Nº 52.

<sup>517</sup> Habiendo dejado sentada anteriormente la inmoralidad de la transferencia de los embriones al útero de la adoptante, cabe **distinguir**, para aplicar al caso de los embriones congelados esta teoría del mal menor, **entre el mal físico y el mal moral**. Puesto que el mal moral compromete lo que es específico y superior en el hombre (su alma racional), en caso de tener que optar entre un daño físico (muerte del embrión) y un daño moral (manipulación del embrión y violación de su dignidad humana), se habrá de sacrificar el bien físico en aras de no hacer un mal moral. Cuando se trata de dos males morales, se deben rechazar ambos, porque nunca el mal moral debe ser elegido. Por otra parte, la teoría del mal menor implica que este **tolerar** un mal menor suponga siempre una **pasividad**, no una acción positiva -como sería la implantación del embrión en un útero femenino para la “adopción prenatal”-.

cargo de la implantación del embrión crioconservado sean prestados a los padres adoptivos en forma totalmente gratuita y desde la transferencia del embrión al útero hasta su nacimiento. Por otra parte, tanto el matrimonio adoptante como el equipo médico interviniente no deberían realizar selección de embriones para implantar, sino que se deberían descongelar e implantar todos, sin importar su salud ni su “viabilidad”, criterio que –reiteramos– es contrario a nuestro ordenamiento jurídico. El Dr. ZURRIARÁIN<sup>518</sup> considera como requisito –criterio que compartimos– que los adoptantes sean matrimonios fértiles con hijos, ya que en caso contrario la “adopción prenatal” se convertiría en una vía de acceso indiferenciado (para cualquier mujer o pareja, en cualquier condición) a la maternidad disociada de la “conyugalidad” y de la sexualidad. Con ello pretende que la adopción prenatal de los embriones congelados sea una medida para salvarles la vida y no un subterfugio para parejas estériles<sup>519</sup>. Por otra parte, consideramos que la adopción prenatal debería realizarse inmediatamente después de la autorización judicial o legislativa, ya que de lo contrario podría convertirse en excusa para justificar largos plazos de congelación, lo cual equivaldría a someter a los embriones a un proceso de muerte inevitable -e indigna-, al menos contando con la tecnología actual. Esto tiene el agravante de que en algunas legislaciones, v. gr. la ley española 14/2006 (art. 11.3<sup>520</sup>), la decisión

<sup>518</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 218.

<sup>519</sup> En el mismo sentido: “La propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como “terapia” de infertilidad, no es éticamente aceptable por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada (Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitæ*, II, A, 1-3: AAS 80 (1988), 87-89); esta práctica implicaría además otros problemas de tipo médico, psicológico y jurídico”. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción “*Dignitas Personae*...” ibidem, Nº 19.

<sup>520</sup> Ley Nº 14/2006, art. 11.3: “Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la prác-

sobre el plazo de crioconservación queda reservada exclusivamente a los médicos. Una crioconservación prolongada de embriones en espera de ser implantados adormece la conciencia de la responsabilidad de sus progenitores, pues satisfecho el deseo de tener un hijo, pierden el interés por sus demás hijos no implantados aún. Y esto último, señala con acierto ZURRIARÁIN<sup>521</sup>, degrada aún más la percepción social del carácter humano y personal de esos embriones.

El Comité Nacional Italiano para la Bioética, en su informe del 18 de noviembre de 2005<sup>522</sup>, establece, fundándose en normativa interna y documentos internacionales, que debe hacerse lugar le-

tica de la técnica de reproducción asistida”.

<sup>521</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 218.

<sup>522</sup> “Muove il CNB per ritenere che l'embrione debba essere protetto e salvaguardato con la finalità primaria dell'ottenimento della nascita (valore prioritario rispetto ad altri valori) e che pertanto sia necessario trovare strumenti giuridici idonei a realizzare tale possibilità... Infatti, se il valore superiore, cui fare riferimento per giustificare l'Adozione per la nascita deve essere considerata la nascita, di modo che l'alternativa tra nascere e non nascere deve veder prevalere la prima ipotesi sulla seconda... 8.1. lo stato di abbandono degli embrioni dovrebbe essere accertato in base a rigorosi criteri fissati dalla legge; 8.2. la legge dovrebbe prevenire rigorosamente ogni possibilità di commercializzazione o comunque di lucro che potesse sorgere nel contesto delle pratiche di APN; 8.3. l'individuazione degli embrioni residuali da destinare alla APN dovrebbe svolgersi a norma di legge con procedure riservate; criteri di riservatezza dovrebbero, altresì, essere garantiti ai genitori biologici dell'embrione e ai nuovi genitori che accedono all' APN; 8.4. nell'eventuale (anche se non probabile) ipotesi di una contrarietà dei genitori all'APN, che si espliciti assieme alla dichiarazione della loro intenzionale rinuncia ad ogni futuro progetto parentale, dovrebbe essere egualmente riconosciuto lo stato di abbandono e di conseguenza consentita l'“adozione”. L'embrione umano infatti non può essere considerato alla stregua di una proprietà, di cui i genitori possano liberamente disporre contro il di lui interesse. E' per la stessa ragione che una eventuale richiesta dei genitori di procedere alla distruzione dell'embrione da loro procreato piuttosto che farlo dichiarare in stato di abbandono non potrebbe essere accolta; 8.5. le persone che chiedono l'adozione dovrebbero ricevere una compiuta informazione oltre che sulla procedura medica della PMA a cui intendono sottoporsi e soprattutto sugli effetti giuridici della loro decisione. 8.6. una volta ottenuto il trasferimento in utero, nel caso di eventuale nascita, il figlio dovrebbe avere a tutti gli effetti lo status giuridico di figlio legittimo o naturale”. COMITÉ NACIONAL ITALIANO PARA LA BIOÉTICA, L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (La adopción para el nacimiento de los embriones crioconservados y residuales derivados de la procreación médicamente asistida). 18/11/05, En <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>. Traducción propia.

gislativamente a la adopción prenatal, con los siguientes requisitos: a) El **estado de abandono de los embriones deberá ser certificado** en base a rigurosos criterios fijados en la ley; b) la ley deberá **prevenir** rigurosamente toda posibilidad de **comercialización o de lucro** que pudiera surgir en el contexto de estas prácticas; c) la individualización de los embriones residuales destinados a la “adopción para el nacimiento”, en la terminología del Comité, deberá desenvolverse en un **procedimiento reservado**; d) el mismo criterio de reserva deberá garantizarse a los progenitores biológicos del embrión y a los nuevos progenitores que accedan a la adopción; e) en la eventual hipótesis de oposición de los progenitores a la adopción -que se explicitará junto con la declaración de su renuncia intencional a todo futuro proyecto de paternidad-, los embriones serán considerados igualmente en estado de abandono, y en consecuencia se los dará en adopción. Esto lo funda el Comité en que el embrión humano no puede ser considerado como objeto de propiedad, de la cual los progenitores pueden disponer según sus intereses. Por la misma razón, continúa explicando el Comité, una eventual demanda de los progenitores de proceder a la destrucción de los embriones por ellos procreados en lugar de declararlos en estado de abandono, no deberá ser atendida; f) Las personas que pidan la adopción deberán recibir una **completa información sobre los procedimientos médicos y en especial sobre los efectos jurídicos del acto a realizar**; g) Una vez obtenida la transferencia al útero, en el caso de eventual nacimiento, el niño deberá tener el **mismo status jurídico de hijo legítimo o natural**.

Los defensores de la adopción prenatal<sup>523</sup> proponen medidas en el ámbito biotecnológico y jurídico que garanticen en la máxima medida posible la salud del embrión congelado y faciliten así la adopción prenatal del mayor número, medidas que atenderían al: a) aumento de los plazos de crioconservación para que se tengan en cuenta los avances de la embriología en materia de diagnóstico de muerte embrionaria e inviabilidad; b) mejora de las técnicas de

<sup>523</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 212.

descongelación, con el fin de que la posible viabilidad de los embriones no se malogre; c) elaboración de un protocolo en el que la descongelación, cultivo y transferencia se realicen a medida que existan adopciones; d) avance en el descubrimiento y curación de las posibles anomalías o alteraciones de los embriones crioconservados; e) constitución de mecanismos que eviten posibles relaciones de consanguinidad entre nacidos tras adopciones prenatales; f) criterios de idoneidad de los padres dentro de un programa de adopción, del mismo modo que se aplican a una pareja para considerarla apta a la hora de adoptar un niño ya nacido; g) negativa de la práctica de la “maternidad subrogada”; h) prohibición de la selección de embriones en función de su sexo o genes; i) obtención de las células madre embrionarias vivas exclusivamente si, tras la descongelación de los embriones, éstos han muerto.

El Dr. ZURRIARÁIN<sup>524</sup> se pregunta sobre la pauta a seguir para la descongelación de los embriones<sup>525</sup>. Quienes propugnan la adopción prenatal responden que el orden de descongelación ha de comenzar por los embriones que llevan más tiempo congelados. ZURRIARÁIN sostiene que esto será de difícil implementación, ya que muchas clínicas de fertilidad no tienen catalogados el número de embriones ni la fase de desarrollo en que fueron congelados. Quienes abogan por la adopción prenatal proponen, además, que los embriones sean descongelados y reanimados inmediatamente después que los padres soliciten la adopción. Si están vivos y son viables podrían ser adoptados. Si tras la descongelación y reanimación, los embriones están muertos, algunos sugieren que se podrían obtener sus células para la investigación, tal como se realiza en cualquier otro trasplante. Nos oponemos, por las razones que explicamos más abajo, a esto último.

Finalmente cabe destacar que el requisito fundamental para que se implemente este instituto de la adopción prenatal debería ser su **provisionalidad**, es decir que al mismo tiempo deberían prohibirse y pensarse las técnicas de fecundación extracorpórea.

<sup>524</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 211.

<sup>525</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto Germán, Los embriones humanos congelados... ibidem, pág. 211.

### 9.7.2.1.3. Adopción prenatal en el ordenamiento jurídico argentino

Si bien sostenemos que la adopción prenatal es inmoral e injusta, si se aceptase su implementación para los embriones crioconservados existentes en la actualidad, debería asimilarse en cuanto sea posible su situación a la de los menores adoptados<sup>526</sup> –ya que la ley de adopción argentina 24.779 no contempla específicamente la situación de aquellos–.

La ley de adopción establece que la adopción de “menores no emancipados” se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante, quien debe haber cumplido treinta años de edad, exceptuándose los cónyuges que tengan más de tres años de casados o que acrediten la imposibilidad de tener hijos. No pueden adoptar los ascendientes respecto de sus descendientes ni un hermano a sus hermanos o medio hermanos. Para otorgar la guarda previa a la adopción, la ley exige tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes “teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor”. En efecto, no existe un “derecho de adoptar” sino que el instituto está establecido solamente en interés de los adoptados. En el caso de los embriones crioconservados, la **guarda** de los adoptantes, previa a la adopción, consistiría –a nuestro juicio– en poner los medios para que los embriones no sufran más deterioros en su salud que los ínsitos a estas técnicas, y les sean implantados cuanto antes.

La Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 20 y 21 establece, para niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, el derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, el cual incluye el instituto de la adopción. Al considerar esta solución, la Convención obliga a prestar particular atención a la conveniencia de que haya **continuidad** en la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán

<sup>526</sup> Téngase presente la reserva argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que el niño lo es desde su concepción hasta los 18 años de edad.

de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción sea admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. Consideramos que todos estos requisitos deben aplicarse, en la medida de lo posible, adecuándose a la situación de los embriones cuya adopción prenatal se promueva.

#### 9.7.2.1.4. Efectos de la adopción prenatal

Los efectos de la adopción prenatal, en caso de que sea permitida por nuestro ordenamiento jurídico, deberán ser los mismos que los de la adopción plena de un niño nacido. Por tanto, el vínculo paterno-filial y familiar por adopción prenatal debe ser irrevocable, cualquiera sea el estado de salud del embrión adoptado, salvo que se configuren las causales de pérdida de la patria potestad (art. 307 del Código Civil).

Las diferencias entre ambos institutos –adopción plena de un niño nacido y adopción prenatal-, son señaladas por la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO<sup>527</sup>: a) en la adopción de un niño nacido, padres e hijos no están unidos por vínculo biológico en sentido estricto. En cambio en la adopción prenatal la determinación de la maternidad por el hecho del parto, reconoce el vínculo biológico existente entre ambos por el embarazo, sin que en consecuencia sea precisa la referencia a la adopción; en esta última, por el contrario, la ausencia de vínculo biológico es elemento configurante esencial. b) Fundamenta el requisito de extraneidad o impedimento de parentesco para ser padres adoptantes de un niño nacido los ascendientes, hermanos y medio hermanos (porque son abuelos,

<sup>527</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo...* *ibidem*.

hermanos o medio hermanos del menor en desamparo de quien pueden ser sus tutores). En la adopción prenatal, es oportuno distinguir: respecto a los ascendientes, debe ser previsto como impedimento porque violenta en exceso el orden natural la relación entre las generaciones de una familia; por ello tampoco podría ser adoptante prenatal un hermano/a o medio hermano/a del embrión, aunque se diese diferencia de edad suficiente. Respecto a las hermanas/os y medio hermanas/os de cada progenitor y cuñadas/os y primas/os del embrión, tampoco se considera prudente su adopción prenatal.

#### 9.7.2.1.5. Determinación de la maternidad y paternidad

Dado que para nuestro ordenamiento jurídico positivo, la determinación de la maternidad se da por el parto, en caso de admitirse la adopción prenatal, la resolución judicial que autorice la transferencia de embriones para su adopción deberá determinar la maternidad por adopción en el resuelto, y ordenar asimismo la inscripción en el Registro Civil del embrión -una vez nacido- como hijo adoptivo, resguardando con esta medida –entre otras que puedan disponerse- el derecho de toda persona a su identidad.

La determinación de la paternidad matrimonial (nos oponemos –con fundamento en el interés superior del niño- a que se dé la adopción prenatal en caso de convivientes) de estos embriones crioconservados se establecerá en la misma resolución judicial que autorice la transferencia de los mismos, es decir que la paternidad –al igual que la maternidad- quedará establecida **antes** del nacimiento. ARIAS DE RONCHIETTO<sup>528</sup> funda la determinación de la paternidad antes del nacimiento en tres razones: a) por si el menor muere durante el embarazo; b) para dificultar la posibilidad de encubrir una maternidad subrogada y c) porque no cabe pensar en una guarda preadoptiva solamente paterna. Consideramos, por nuestra parte, que la resolución judicial emplaza en el estado de familia como hijo adoptivo al embrión, estableciendo la filiación por adopción prenatal, por lo tanto luego del nacimiento no se necesitará ratificar el vínculo y sus efectos jurídicos.

<sup>528</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo...* *ibidem*.



### 9.7.2.1.6. Requisito indispensable y previo a la autorización de la adopción prenatal

Uno de los riesgos que acarrea la adopción prenatal es perpetuar el problema que se intenta solucionar (las técnicas de fertilización artificial y sus consecuencias: embriones “sobrantes”), ya que – reiteramos- el instituto de la adopción está establecido en interés del adoptado. Por eso consideramos que, en caso que se autorice la adopción prenatal de estos embriones –a la cual, reiteramos, nos oponemos-, previamente debería prohibirse expresamente en la legislación civil y sancionarse penalmente la utilización de estas técnicas.

### 9.7.2.1.7. Maternidad subrogada

Hemos distinguido entre adopción prenatal y maternidad subrogada<sup>529</sup>. La maternidad subrogada ha sido definida por el Informe Warnock<sup>530</sup> como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención

<sup>529</sup> El primero es un acto cuya intención es la generosidad y donación, aunque su objeto es inmoral, el segundo, una prestación remunerada e interesada, también de objeto inmoral.

Es interesante analizar las razones por las cuales una mujer ofrece su útero para llevar adelante la gestación de un niño para un tercero. La primera es el factor económico. El artículo Vientre se alquila: maternidad en debate (en “La Nación”, 31/08/08. [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar)), informa que “en nuestro país se paga entre 10 mil y 30 mil dólares” a la madre que “alquila” su vientre (terminología ésta que ha sido calificada de poco jurídica, debido a que el ser humano no se alquila. Cfr. GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación humana asistida. Maternidad subrogada y filiación materna, Conferencia dictada el 06/10/08 en el curso “Revisión crítica del Derecho Civil, reforma de la ley 17.711” en Homenaje al Dr. Guillermo Borda, a 40 años de la Reforma de la ley 17.711, organizado por el Instituto de Derecho Civil “Profesor Dr. Guillermo Borda” (Mendoza, 2008). SAMBRIZZI señala que la maternidad subrogada puede darse también por un fin altruista, es decir, de generosidad hacia la pareja que no pudo procrear; o porque al estar embarazadas, las “madres de alquiler” se sienten respetadas por los demás; o porque de esa manera sienten que expían una culpa por un aborto antes realizado (Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, (Buenos Aires, 2001). Edit. Abeledo-Perrot. Pág. 112).

<sup>530</sup> Cit. por GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación... ibidem.

de entregárselo después de que nazca”, sin hacer distinción entre el caso de que la gestante también aporte el óvulo, o que éste pertenezca a una tercera persona (sea a la mujer requirente o a una tercera ajena a ambas). GUARDATTI<sup>531</sup> analiza las siguientes variantes: a) que la fecundación se lleve a cabo con un óvulo de la mujer que gesta al niño para otra que se lo ha encargado; b) que la fecundación se produzca con un óvulo de la mujer que encarga a otra gestar al niño, para luego entregárselo; c) que la fecundación sea con un óvulo de una mujer distinta, tanto de la gestante, como de la que encargó a ésta gestar el niño para luego entregárselo. Como puede apreciarse de la simple lectura de las variantes, la persona nacida como consecuencia de esta práctica, padecerá la incertidumbre de no saber claramente quiénes son sus padres, es decir, estará en juego el derecho personalísimo a la identidad<sup>532</sup>. Los hechos ocurridos en diversos países nos muestran los inconvenientes de esta modalidad reproductiva en sus diversas variantes<sup>533</sup>.

<sup>531</sup> Cfr. GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación... ibidem.

<sup>532</sup> Cfr. CANO, María E., Breve aproximación en torno a... ibidem.

<sup>533</sup> El caso más conocido es el que ocurrió en los Estados Unidos a fines de la década del 80, llamado Baby M. El matrimonio STERN encargó a la señora Marybeth WHITEHEAD, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor STERN. El contrato contenía el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los test surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10.000. Cuando se produjo el nacimiento de Baby M, la madre portadora (además, titular del óvulo) se negó a entregar la niña al matrimonio STERN. El señor WHITEHEAD procedió a reconocerla como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, señaló la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé. El Juez de Nueva Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio STERN y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora. La Suprema Corte de Nueva Jersey dictaminó, finalmente, que el contrato de subrogación era nulo y, por lo tanto, inexigible. Sin embargo, otorgó la custodia de la menor al padre, el señor STERN, por el hecho de haber sido quien había proveído el semen, pareciendo olvidar que la gestante había aportado el óvulo, alegando otras razones como las mejores condiciones socio-económicas para

### 9.7.2.1.7.1. Maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino

El Dr. SAMBRIZZI<sup>534</sup> explica que un sector muy minoritario de la doctrina se pronuncia por la aceptación de estos convenios siempre que se cumplan determinadas condiciones<sup>535</sup>. Sin embar-

la niña que el matrimonio STERN podía dispensarle. Luego de diez años, la Corte Suprema del Estado de California reconoció a Marybeth como madre biológica y le concedió un derecho de visita ( Cfr. CANO, María E., Breve aproximación en torno a... ibídem.; SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación... ibídem., pág. 117). Otro caso que tomó estado público fue el ocurrido en 1994, en el cual un matrimonio japonés -al que por edad y problemas de salud se le había negado la posibilidad de adoptar un niño- contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido *in vitro* producto del óvulo de una donante y del espermatozoide del marido contratante. Es decir, se requirió el aporte de tres madres diferentes: la donante del óvulo, la que dio a luz el bebé y la madre legal. En la legislación japonesa está prohibida la maternidad subrogada. Por ello, el espermatozoide debió viajar desde Tokio a San Francisco, donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana. Luego, fueron implantados 6 de los óvulos fertilizados a una mujer de 30 años de raza blanca. La aplicación de esta técnica costó al matrimonio alrededor de U\$S 80.000 (Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliانا, Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?, en “El Derecho” 182-1652). En Italia, se conoce el caso de una mujer a la que se le implantaron los óvulos de su madre, de 48 años de edad, quien por motivos de salud se encontraba imposibilitada de tener más hijos. Los óvulos habían sido fecundados con el semen de su segundo marido, con lo cual, se consideraba que la madre de un niño no es quien lo gestó, sino la persona a quien pertenecían los óvulos, la gestante habría venido a ser la hermana del hijo que nació de su seno. Sería difícil pensar que estas situaciones no afectarían psicológicamente en algún momento al niño (Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación... ibídem., pág. 116). Recientemente han tomado estado público las “granjas reproductivas” de la India (cfr. ROJAS, Ana G., Se alquila vientre en India. (Anand-Mumbai, 03/08/2008), Diario “El País”, en [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes)).

La práctica de la maternidad subrogada no es ajena a la Argentina (cfr. BARCO, Gustavo, Vientre se alquila: maternidad en debate. (Buenos Aires, 31/08/2008), Diario “La Nación”, en <http://www.lanacion.com.ar/1044703-vientre-se-alquila-maternidad-en-debate>).

<sup>534</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida. (Buenos Aires, 2004). Edit. El Derecho. Pág.160.

<sup>535</sup> V. gr. que el contrato se celebre en documento público; que la pareja requirente se comprometa a aceptar al niño, venga como venga, careciendo la madre biológica de responsabilidad en el supuesto de que naciera con taras; la posibilidad de que la madre sustituta elija quedarse con el niño una vez nacido; y que la prestación del útero

go, el jurista<sup>536</sup> considera que la recepción de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino implicaría, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se podrían evadir los requisitos que la ley determina para que la misma pueda ser concedida. Por otra parte, “no puede apelarse a la libertad de procreación en un sentido egoísta, por sobre la libertad del niño de ser concebido, gestado y alumbrado en condiciones dignas”<sup>537</sup>. Por ésta y otras razones, el contrato de “alquiler de vientre” es nulo de nulidad absoluta e insanable por todas las causales que establece el artículo 953 del Código Civil<sup>538</sup>, ya que una persona no puede ser “objeto” de relaciones jurídicas, ya sea la gestante o el niño gestado.

#### 9.7.2.1.7.1.1. Determinación de la filiación en caso de maternidad subrogada

Ante el hecho consumado y, por el momento, sin regulación legal específica, cabe preguntarse por la determinación de la filiación, es decir, ¿a quién se debe atribuir la maternidad? ¿A la mujer que “alquila” el vientre de otra para tener un hijo, a la madre genética o a la madre que ha gestado en su seno y ha dado a luz al nuevo ser?<sup>539</sup>

La máxima del derecho romano “*mater semper certa est*”, que

sea voluntaria y gratuita, sin perjuicio de los gastos.

<sup>536</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación... ibídem., pág. 115.

<sup>537</sup> Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliانا, Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ibídem.

En efecto, sostenemos que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana. Asimismo constituye un nuevo quebranto de la unidad familiar, ya que no sólo agrede la unidad conyugal, sino también la unidad parental, la estrecha relación entre padres e hijos.

<sup>538</sup> Insistimos: el contrato es nulo en cuanto viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio, es inmoral, desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas. En consecuencia, el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada que hubiera sido celebrado no puede ser exigido.

<sup>539</sup> Cfr. GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación... ibídem.

consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto – priorizando el criterio biológico-, es cuestionada desde el momento en que la ciencia posibilitó que una mujer, extraña a la titularidad genética, llevase a cabo la gestación y posterior alumbramiento. En efecto, se presenta un difícil problema cuando debe elegirse entre aportación genética (titularidad del óvulo) y aportación de nutrición y cuidado embrionario (titularidad de la gestación), siendo tan biológica una como otra <sup>540</sup>. A los efectos de hallar una solución, se han elaborado diversas opiniones<sup>541</sup>:

1. Quienes dan preeminencia a la gestante encuentran una base muy sólida en los textos legales del Código Civil. Precisamente, el art. 242 establece que “la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. Adherimos a esta postura, que se funda en los siguientes argumentos: La madre gestante también lo es orgánicamente, por haber contribuido al desarrollo del embrión -nutriéndolo y cuidando del mismo- y al alumbramiento, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos. Es madre biológica, aunque no genética. Por otra parte, de ninguna norma jurídica argentina surge que la calidad de madre resulta con exclusividad del aporte genético. El período del embarazo –que va desde la concepción hasta el alumbramiento- es muy importante para el desarrollo de la persona por nacer. La trascendencia de las influencias prenatales físicas y psíquicas ha sido demostrada científicamente <sup>542</sup>. Además, en las relaciones jurídicas familiares

<sup>540</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, en “Revista de Derecho”, (Chile, 2000). Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán. Pág. 102, 1. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación... *ibidem*, pág. 122.

<sup>541</sup> Cfr. GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación... *ibidem*.

<sup>542</sup> Ver la extensa bibliografía citada en ERRÁZQUIN, Alicia, ¿Qué es el embrión?... *ibidem*; ERRÁZQUIN, Alicia, Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano, en “El Derecho Diario especial de Política Criminal”, 08/09/05; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido, en [www.notivida.org](http://www.notivida.org); MADRAZO CABO, José M.; MARCÓ BACH, Javier, El Embrión Humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas. Material de estudio de la Maestría en Desarrollo

juega un rol preponderante el orden público, por lo que este “pacto” de maternidad subrogada es sustraído a la autonomía de la voluntad de las partes, quedando prohibida la renuncia por parte de la gestante a la maternidad jurídica que resulta del parto. Esta solución a favor de la maternidad de la gestante, además, ayuda a disuadir de la práctica de la maternidad subrogada. Asimismo, se tiene en cuenta el interés primordial del niño quien, de permitirse y prosperar una acción de impugnación de maternidad, quedaría sin una madre cierta, en el supuesto de que el óvulo proviniera de una donante anónima<sup>543</sup>.

2. Quienes dan preeminencia a la maternidad de quien aporta el óvulo, en cambio, ponen el acento en el elemento genético, afirmando que el mismo define la identidad de la persona. Para Jorge LLAMBÍAS <sup>544</sup>, la madre “genuina” es aquella cuyo óvulo fue fecundado, en contraposición, a la que califica como “postiza”. Otros autores que coinciden con esta opinión, conforme al “privilegio de la verdad biológica”, sostienen que madre del nacido será la mujer que aportó su óvulo para la concepción. El art. 242 del Código Civil, alegado por la posición contraria antes mencionada, sólo establecería, para esta postura, una “presunción que puede ser destruida por cualquier interesado que sostenga y pruebe que no existe nexo biológico entre la persona nacida en el parto y la madre putativa”<sup>545</sup>.

3. La doctrina de la “voluntad procreacional”<sup>546</sup> proclama que

Humano de ULIA.

<sup>543</sup> Esto es también puesto de relieve, entre otros, por ALTERINI, Atilio, Cuerpo humano, persona y familia. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación... *ibidem*, pág.172.

<sup>544</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., La fecundación humana in vitro. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación... *ibidem*, pág.173.

<sup>545</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Á., Biogenética, filiación y delito, (Buenos Aires, 1990), págs. 359 y 362. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación... *ibidem*, págs. 174 ss.

<sup>546</sup> La Comisión N° 6 de derecho de familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, concluyó, por 32 votos afirmativos contra 17 negativos, que “La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”. COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, Conclusiones... *ibidem*.

“deben considerarse como padre y madre del niño nacido mediante una de las técnicas de fecundación asistida, a aquella pareja que expresó su voluntad en tal sentido, sea que la gestación haya sido llevada a cabo con gametos de ellos o de terceros, y aun cuando la mujer ni siquiera hubiera gestado a la criatura”<sup>547</sup>. Sostienen los partidarios de esta tesis que el hijo desarrollará mejor su vida con la familia que “deseó” su nacimiento. Pero, si se consagrara jurídicamente que padre es sólo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, se llegaría al principio de que “es padre el que quiere serlo”. En ese caso, el niño resultante de un delito de violación no podría reclamar la paternidad del violador o la maternidad de quien fue la víctima.

Otra situación que se plantea es la impugnación de la maternidad por el hijo de la mujer que lo gestó. Según la doctrina que entiende que la maternidad es determinada por la aportación del óvulo, cuando éste es aportado por una mujer ajena a la gestante, el carácter de madre de la misma puede ser impugnado tanto por el hijo como por los restantes legitimados (art. 262 Código Civil <sup>548</sup>). Pero no por el marido que ha prestado conformidad a la fecundación con un óvulo de otra mujer. Quienes, en cambio, sostenemos que madre es la mujer que gesta y da a luz al hijo, tanto a éste como a cualquier interesado, le estaría vedada en principio la impugnación de la maternidad, con fundamento en el hecho de haber aquélla utilizado para la fecundación un óvulo de otra mujer<sup>549</sup>.

### 9.7.2.2. Investigación sobre los embriones “sobrantes”

El Comité Nacional de Bioética italiano, en otro documento emitido el 26 de octubre de 2007<sup>550</sup>, se refiere al destino de los em-

<sup>547</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación...* *ibidem*, págs. 176 ss.

<sup>548</sup> El art. 262 C.C. permite que la maternidad sea impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo.

<sup>549</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación...* *ibidem*, pág. 184.

<sup>550</sup> COMITÉ NACIONAL ITALIANO PARA LA BIOÉTICA, *Parere del Comitato Nazio-*

briones crioconservados que presentan graves anomalías irreversibles por las cuales se considera “no oportuna” su implantación. Vemos en este documento plasmado uno de los graves riesgos de la adopción prenatal: abrir la puerta a la selección de embriones y, probablemente, a la utilización de los “descartables” para investigación<sup>551</sup>. Por otra parte, en el momento de la descongelación muchos de estos embriones están aún vivos, razón por la cual no es lícita jurídicamente su utilización como material de investigación. En efecto, la literatura científica establece que si se los mantiene descongelados mueren alrededor de los 5 a 7 días<sup>552</sup>.

#### 9.7.2.2.1. ¿Cuándo se produce la muerte del embrión?

Para posibilitar la investigación con estos embriones cuya implantación se considera “no oportuna”, el Comité Nacional de Bioética italiano intenta **definir el momento de la muerte del embrión**, que posibilite la donación de sus células embrionarias para investigación, estableciendo una analogía con la donación de órganos *ex mortuo*. El Comité establece que, siendo el morir de una persona un proceso más que un acontecimiento, no puede ser directamente individualizado por ningún diagnóstico o método empírico. Sin embargo, se toma como criterio de la finalización definitiva e irreversible del proceso de muerte, el cese total e irreversible de toda actividad encefálica (muerte cerebral encefálica).

Algunos integrantes del Comité, utilizando la analogía, consideran que el embrión ha muerto como individualidad biológica

nale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili (Parecer del Comité Nacional para la Bioética sobre el destino de los embriones derivados del PMA y no implantables), 26/10/07, En <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>. Traducción propia.

<sup>551</sup> “En relación al gran número de embriones congelados ya existentes... son claramente inaceptables las propuestas de utilizar tales embriones para la investigación o para usos terapéuticos, porque implica tratarlos como simple “material biológico” y comportan su destrucción. Tampoco es admisible la propuesta de descongelar estos embriones y, sin reactivarlos, utilizarlos para la investigación como si fueran simples cadáveres”. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción “Dignitas Personae...”*... *ibidem*, N° 19.

<sup>552</sup> HIGHTON, Federico J., *Embriones Congelados, a Congelar o Descongelados*, en <http://www.biotech.bioetica.org/i26.htm>

cuando ha perdido definitivamente la capacidad de proseguir de manera integrada, autoregulada y mediante una progresiva diferenciación celular, su desarrollo. Aún cuando permanezca vital alguna parte (uno o más blastómeros), si no tiene vitalidad el todo -de modo análogo con lo que acaece en el proceso de muerte cerebral, donde restan vitales algunos órganos del cuerpo del difunto (corazón, etc.)-, es considerado muerto el individuo. Luego parangona el Comité la utilización de blastómeros vivos de un embrión declarado muerto con la extracción de órganos y tejidos de un individuo declarado muerto, concluyendo que puede declararse éticamente lícita la donación de los primeros para investigación. La perspectiva delineada por estos miembros del Comité se funda en el pseudo-principio<sup>553</sup> de beneficencia<sup>554</sup>, que se enuncia: “el médico en su intervención debe procurar el bien del paciente”. Cabe destacar que el término “paciente” no se aplica al embrión sino a quien se vea beneficiado en su salud por la investigación realizada sobre embriones.

Otros miembros del Comité, cuyo criterio compartimos, no

<sup>553</sup> El término “pseudo-principio” es utilizado por el Dr. SCALA al referirse al principio de beneficencia, ya que no cumple con las características ineludibles de todo principio ético: 1º) ser **normas imperativas**, es decir, que no pueden dejar de observarse; y 2º) ser **normas universales**, o sea, que se aplican a todos los supuestos. Cfr. SCALA, Jorge, *Principios falsos y verdaderos...* *ibídem*.

<sup>554</sup> Este pseudo-principio es susceptible de las siguientes observaciones críticas: el verbo “procurar” se refiere a la intención del agente; en cambio “hacer” significa el resultado objetivo de la acción. No es lo mismo procurar el bien, que hacerlo. El imperativo ético implica ambas cosas: la buena intención del agente y, a la vez, el resultado bueno de su acción analizado en sí mismo, con independencia de la intención del agente. A un paciente no le basta la buena intención del médico, pide que lo cure o, de no ser posible, que le alivie el dolor o lo haga más llevadero. Por otra parte, la palabra “bien” se toma en su sentido subjetivo, al vincularse con el pseudo-principio de autonomía. Es decir que se interpreta el vocablo bien como el deseo subjetivo y autónomo del paciente -en definitiva el bien útil, en su acepción más degradada. La “no maleficencia” se admite entre los bioeticistas de raíz anglosajona como pseudo-principio complementario del anterior. Consiste en que el beneficio de una terapia debe ser mayor que el perjuicio causado por la misma; y en caso de falta de certeza, **la probabilidad del beneficio debe superar el riesgo del daño**. En definitiva, esta postura sostiene que la probabilidad de beneficio que se obtenga para la “humanidad”, utilizando los embriones para investigación, supera el riesgo de dar muerte a un embrión que posiblemente se encuentre vivo. En definitiva es admitir que el “fin justifica los medios”.

aceptan la antedicha analogía entre “muerte cerebral total” del ya nacido y “muerte por detención o degeneración del desarrollo” del embrión, a los efectos de la extracción de uno o más blastómeros que aún funcionen, ya que no se trata de la pérdida de funcionalidad fisiológica de un órgano (el cerebelo) que compromete la coordinación y la integración de todo el organismo, **sino de evaluar la pérdida de la capacidad de desarrollo regular de un embrión, que depende de la compleja interacción molecular y celular asegurada por una serie de activaciones/desactivaciones de la expresión del genoma**.

Sólo la constatación de la apoptosis<sup>555</sup> de **todos** los blastómeros (lo cual impediría la utilización de sus células), da la certeza de la muerte del embrión. Por tanto, estos miembros del Comité rehúsan recomendar la utilización de estos embriones para fines diversos de la transferencia para procreación<sup>556</sup>.

El concepto de muerte para el embrión, como para el adulto, es -al decir de la Dra. LÓPEZ MORATALLA<sup>557</sup>- obviamente la pérdida irreversible de la capacidad de funcionamiento armónico y coordinado como unidad. En el embrión precoz, la muerte se pone de manifiesto en la pérdida de la capacidad de continuar el ritmo

<sup>555</sup> Apoptosis es la modalidad específica de muerte celular, implicada en el control del desarrollo y el crecimiento. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 22º edic. www.rae.es.

<sup>556</sup> Coinciden estos miembros del Comité con lo que enseña BENEDICTO XVI: “La ciencia, en estos años, ha hecho progresos ulteriores en la constatación de la muerte del paciente... En un ámbito como este no puede existir la mínima sospecha de arbitrio y, cuando no se haya alcanzado todavía la certeza, debe prevalecer el principio de precaución... Los abusos en los trasplantes y su tráfico, que con frecuencia afectan a personas inocentes, como los niños, deben ser unánimemente rechazados de inmediato por la comunidad científica y médica como prácticas inaceptables. Por tanto, deben ser condenados con decisión como abominables. Es preciso reafirmar el mismo principio ético cuando se quiere llegar a la creación y destrucción de embriones humanos con fines terapéuticos. La sola idea de considerar el embrión como “material terapéutico” contradice los fundamentos culturales, civiles y éticos sobre los que se basa la dignidad de la persona”. Cfr. BENEDICTO XVI, *Discurso a los participantes en un Congreso Internacional sobre la donación de órganos organizado por la Academia Pontificia para la Vida*, (Ciudad del Vaticano, 07/11/08). En [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2008/november/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20081107\\_acdlife\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/november/documents/hf_ben-xvi_spe_20081107_acdlife_sp.html).

<sup>557</sup> LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Racionalidad de la investigación ... ibídem*, págs. 327-347.

de división celular y el crecimiento unitario siguiendo la organización estructural correspondiente al tiempo de vida.

### 9.7.2.2.2. La muerte del embrión en el derecho argentino

¿Cuál sería la solución jurídica en Argentina respecto de la investigación con embriones descartados para su implantación? Rige en la materia la definición de muerte contenida en la ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos<sup>558</sup>, que tiene validez y alcance en todo el ordenamiento jurídico nacional. Pero ésta no permite determinar con certeza el momento de la muerte de los embriones producidos extracorpóreamente aún no implantados, ya que en la primera etapa de sus vidas no se han desarrollado aún sus funciones encefálicas. Aplicando el principio *in dubio pro vita*, nos inclinamos por la negativa de la aplicación analógica del criterio de “muerte encefálica” a los embriones, con el fin de utilizar algunos blastómeros para investigación, como adelantamos al referirnos a las posturas que se suscitaron en el seno del Comité de Bioética italiano.

<sup>558</sup> Señala el art. 103 del Código Civil Argentino que: “Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas”. Es decir que para nuestro ordenamiento jurídico, la muerte es un hecho biológico que marca la extinción de la personalidad y por ende de los derechos vinculados a ella. Pero el Código no nos da un concepto de muerte, sino que sólo señala sus efectos jurídicos. Se comienza a definir la muerte en 1977 con la aparición de la primera ley de Trasplante de Órganos – ley 21.541 -, que en el art. 21 determinaba que ésta consistía en “El cese total e irreversible de las funciones cerebrales”. Con posterioridad, bajo la ley 23.464 de 1987 se modificó tal concepto, manifestándose como “La cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica”. En 1993, la ley 24.193 estableció en el art. 23 la obligación de comprobar de un modo acumulativo que se verifiquen varios signos que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta. El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/ o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

### 9.7.2.2.3. Actos de disposición del cadáver embrionario

En caso de poder determinarse con exactitud el momento de la muerte de los embriones, cabría preguntarse si los padres o los médicos de los Centros de Fertilización, o el Ministerio Pupilar, podrían disponer de dichos cadáveres, ya que estamos frente a niños (cfr. condiciones de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño). En lo que respecta a la naturaleza jurídica del cadáver, la doctrina argentina considera que una vez acaecida la muerte de la persona, el cuerpo se transforma en una **cosa** en los términos del art. 2311 C.C.. Son previsibles las nefastas consecuencias de esta afirmación... Sin embargo, la ley natural prohíbe considerar y tratar el cadáver de un hombre como el de un animal o simplemente como cualquier otra cosa<sup>559</sup>. En efecto, hay que respetar siempre el cadáver como cadáver humano, incluso si ya no tiene más la dignidad de una persona<sup>560</sup>, ya que ese cuerpo, junto con el espíritu que le fue dado, constituyó una unidad inseparable, un hombre<sup>561</sup>. Por lo tanto, el mismo criterio y respeto debe adoptarse respecto de los cadáveres de embriones crioconservados. En particular, no pueden ser objeto de mutilaciones o autopsia si no existe seguridad de su muerte y sin el consentimiento de los padres. Se debe salvaguardar además la exigencia moral de que no

<sup>559</sup> Cfr. PÍO XII, Discurso a los participantes en la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial, 30/09/54, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xii/speeches/1954/documents/hf\\_p-xii\\_spe\\_19540930\\_viii-assamblea-medica\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19540930_viii-assamblea-medica_sp.html)

<sup>560</sup> Cfr. HONINGS, Bonifacio, La carta de los agentes pastorales. Una síntesis de ética hipocrática y moral cristiana, en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/hlthwork/documents/rc\\_pc\\_hlthwork\\_doc\\_30061997\\_honings\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/hlthwork/documents/rc_pc_hlthwork_doc_30061997_honings_sp.html)

<sup>561</sup> Cfr. BENEDICTO XVI, Discurso a los participantes en un Congreso Internacional sobre la donación de órganos... *ibidem*. Por otra parte, desde un punto de vista religioso, la fe cristiana que profesamos convierte el enigma de la muerte en certeza de una vida sin fin, porque nos asegura que la muerte es el paso a la plenitud de la vida verdadera. De este modo, el “morir con Cristo”, que comienza en el Bautismo, llega a su plenitud cuando morimos para resucitar con Cristo y ya nunca más volver a morir. Es entonces “la Resurrección de la carne” la clave para entender el sentido que tiene la muerte para los cristianos y el profundo respeto y veneración por los cadáveres: los vestimos, los rociamos con agua bendita, los incensamos, los depositamos en un sepulcro bendecido.

haya habido complicidad alguna<sup>562</sup> con su muerte voluntaria, y de evitar el peligro de escándalo<sup>563</sup>.

En consecuencia sostenemos que no se puede disponer del cadáver embrionario (niño según nuestra C.N.) para investigación o con fines terapéuticos para terceros.

<sup>562</sup> Respecto de la complicidad con la muerte del embrión, es insuficiente el criterio de independencia formulado por algunos comités de ética, según el cual sería lícita la utilización de “material biológico” de origen ilícito, a condición de que exista una separación clara entre los que producen, congelan y dan muerte a los embriones, y los investigadores que desarrollan la experimentación “científica” con ellos. Habría, en ese caso, una contradicción en la actitud de quienes dicen desaprobado las injusticias cometidas por otros, pero al mismo tiempo aceptan para su trabajo el “material biológico” que otros obtienen mediante tales injusticias (Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae...* *ibidem*, N° 35). De lo contrario, se contribuiría a aumentar la indiferencia, o incluso la complacencia con que estas acciones se ven en algunos sectores médicos y políticos. Se objeta a veces que consideraciones como las arriba expuestas parecen presuponer que los investigadores de recta conciencia deberían oponerse activamente a cualquier acción ilícita llevada a cabo en el campo médico, con lo que su responsabilidad ética se ampliaría de modo excesivo. A esto cabe responder que el deber de evitar la cooperación al mal y el escándalo es, en realidad, parte de la actividad profesional ordinaria del médico. Hay que precisar que el deber de rechazar el “material biológico” deriva de la obligación de separarse, en el ejercicio de la propia actividad de investigación, de un marco de actividades gravemente inmorales y de afirmar con claridad el valor de la vida humana. Esto vale también en ausencia de cualquier conexión próxima de los investigadores con las acciones de los técnicos de la fecundación artificial, e incluso cuando no haya un acuerdo previo con los centros que realizan dichas técnicas. Por eso el mencionado criterio de independencia es necesario, pero puede ser éticamente insuficiente. Por supuesto, dentro de este marco general, existen diferentes grados de responsabilidad. Razones de particular gravedad podrían ser moralmente proporcionadas como para justificar el uso de ese “material biológico” (Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae...* *ibidem*, N° 35). Así, por ejemplo, el peligro para la salud de los niños podría autorizar a sus padres a utilizar una vacuna elaborada con líneas celulares de origen ilícito, quedando en pie el deber de expresar su desacuerdo al respecto y de pedir que los sistemas sanitarios pongan a disposición otros tipos de vacunas. Por otro lado, debemos tener en cuenta que en las empresas que utilizan líneas celulares de origen ilícito no es idéntica la responsabilidad de quienes deciden la orientación de la producción y la de aquellos que no tienen poder de decisión (Cfr. JUAN PABLO II, *Encíclica Evangelium Vitae...* *ibidem*, N° 89).

<sup>563</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae...* *ibidem*, N° 83.

## 10. Conclusión

1. Nuestro derecho constitucional reconoce la existencia de la persona y protege su vida desde la concepción, es decir desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, dentro o fuera del vientre materno.

2. Nuestro ordenamiento normativo positivo infraconstitucional reconoce como “persona” al ser humano desde la concepción. De conformidad con los tratados del art. 75 inc. 22 C.N., no puede otorgarse a las personas concebidas extracorpóreamente un *status* jurídico diferente, sobre todo si es menos tuitivo de sus derechos.

3. El empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea viola la dignidad humana de los embriones –reconocida por los tratados internacionales del 75 inc. 22 C.N.–, su derecho a la vida y a la salud, y vulnera los tratados internacionales que prohíben las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo el derecho constitucional a la identidad de los embriones fecundados por técnicas extracorpóreas es muy frecuentemente quebrantado.

4. La fecundación artificial atenta contra dignidad (del embrión y de los progenitores), derecho a la vida y derecho a nacer de los embriones, derecho a la salud física y psíquica (del embrión y de los progenitores), derecho a la identidad genética, biológica, social y jurídica<sup>564</sup>, derecho a no recibir torturas, derecho a ser tratado en condiciones de igualdad y a la no discriminación de los embriones, derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales, derecho de ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de una familia basada en la unión de varón y mujer<sup>565</sup>, y en su defecto, ser adoptado en las mismas condiciones, derecho a disfrutar del primer medio ambiente humano natural: el seno materno, derecho a la intimidad de los embriones.

<sup>564</sup> “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”. COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, *Conclusiones...* *ibidem*.

<sup>565</sup> “La ley 26.618 es inconstitucional. Se recomienda derogar la ley 26.618 y establecer un régimen de convivencias asistenciales”. COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, *Conclusiones...* *ibidem*.

5. La muerte o daño a la salud física o psíquica de los embriones afecta la sociedad, ya que cada embrión es un ser único e irrepetible destinado a cumplir una misión en ella y contribuir al bien común; asimismo perturba el orden público, la moral y las buenas costumbres.

6. La fecundación artificial extracorpórea y todos los actos vinculados con ella, además de violar nuestro ordenamiento jurídico constitucional, son ilícitos y quedan comprendidos en la sanción de nulidad establecida por el art. 953 C.C.. Estos actos nulos de nulidad absoluta e insanable deben ser declarados tales de oficio por los jueces.

7. De la consideración armónica del derecho (natural y positivo) argentino se puede afirmar la prohibición implícita de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y su inconstitucionalidad<sup>566</sup>.

<sup>566</sup> Esta conclusión será retomada en el Capítulo VI.

## Capítulo V

### JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

#### 1. Introducción

El derecho a la vida ha sido reputado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional porque “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>567</sup>. El Alto Tribunal advierte que ese derecho es “el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”<sup>568</sup>, es decir que es propio de la naturaleza humana<sup>569</sup>.

Sin embargo, mientras la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal afirma la existencia de la persona humana desde su concepción<sup>570</sup>, y le otorga la debida protección jurídica, algunos

<sup>567</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/00, Fallos 323:3229.

<sup>568</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización, 06/11/1980. Fallos 302:1284.

<sup>569</sup> En igual sentido, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Cisiotto, María del Carmen Baricalla de c/Nación Argentina (Ministerio de Salud y Acción Social), 27/1/1987. Fallos 310:112.

<sup>570</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 11/01/01, en “La Ley” 2001-A, 189; 2001-E, 264.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292. La sentencia, que tiene trascendencia internacional, ha generado fallos similares en otros países de Hispanoamérica (Cfr.



tribunales inferiores la niegan al “autorizar”<sup>571</sup> abortos en diversas

SCALA, Jorge, Ecuador prohíbe la “píldora del día después”. Vigencia internacional del caso “Portal de Belén” en “El Derecho” 222-44; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, SALA III, in re R.O. N° 297 (caso N° 0014-2005-RA), 22/06/2006, en “El Derecho” 222-38; CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, SALA CONSTITUCIONAL TERCERA, in re Recurso de Protección s/derogación de la resolución 2141 del Instituto de Salud Pública, 30/08/2001, en “El Derecho” 214-661). Y en Argentina ha motivado otras acciones judiciales (Cfr. SCALA, Jorge, Principios falsos y verdaderos de la bioética, Material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de Universidad Libre de las Américas, 2007, en formato digital; ASOCIACIÓN CIVIL PORTAL DE BELÉN, Comunicado de prensa; 10/8/08, en <http://www.portaldebelen.com.ar/comunicado01.html> Último acceso 12/08/08)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01), 22/05/07, en <http://www.notivida.org/fallos/IndemnizacionPorBebeEnGestacion.html> Último acceso 26/10/11.

TRIBUNAL DE FAMILIA N° 5 de Rosario, Santa Fe, in re GBP C/ MHH s/alimentos (Expte. N° 1376/08), 06/08/08, en [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2008/08/19/noticia\\_0001.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2008/08/19/noticia_0001.html) Último acceso 26/10/11.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE PRIMERA NOMINACIÓN DE CÓRDOBA in re Mujeres por la vida Asoc. Civil sin fines de lucro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – amparo- s/ recurso de apelación (Expte. N° 1270503/36), 07/08/08, en “El Derecho” 229-733.

<sup>571</sup> “Análisis jurídico del art. 86, inc. 2 del Código Penal Argentino. *Desuetudo antes de la reforma constitucional de 1994*: Dicha norma jurídica de comienzos del siglo XX, dice en su parte pertinente: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, **no es punible**: ... 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

I.a. La locución “no es punible” implica -necesariamente-, que se trata de una excusa absolutoria; es decir que todo aborto es un hecho delictivo, pero por razones de política criminal, bajo determinadas condiciones -las taxativamente enumeradas en el inciso 2-, no era penado. I.b. Tal supuesto de no punibilidad del aborto, estuvo en desuso en la República Argentina, al menos, en los últimos cuarenta años, donde no se registra caso alguno en que fuera aplicado. Ello implica la *desuetudo* –es decir la derogación tácita de la ley por desuso-, del supuesto. Los motivos de la no aplicación de dicha excusa absolutoria, son evidentes y así lo expresó la pacífica jurisprudencia: 1°) el segundo inciso es un supuesto de aborto eugenésico, acorde con las teorías racistas imperantes a comienzos del siglo XX; hipótesis descartada posteriormente por la ciencia; y, sobre todo, repudiada universalmente, por ser la base de un régimen monstruoso: el nacionalsocialismo alemán. Por estos motivos, desde los años 60 había sido dejado de aplicar por desuetudo, el incisos 2 del art. 86 del Código Penal Argentino... Conforme el debate parlamentario, donde se discutió este inciso, el antecedente del mismo fue el Código Penal Suizo de 1915, que prescribía una norma puramente eugenésica, para el caso de una invasión alemana a dicho país europeo. Las tesis eugenésicas fueron llevadas hasta su máxima expresión, por el régimen nazi.

circunstancias<sup>572</sup>.

El fin de dicho sistema, trajo como consecuencia que en todo el mundo civilizado, se dejaran de lado las tesis eugenésicas. A partir de 1.945 la excusa absolutoria del inc. 2, del art. 86 C.P., fue dejada completamente de lado; pues resulta científica y culturalmente inaceptable... **¿Puede una excusa absolutoria, transformarse en un derecho o en una obligación?**: Desde el punto de vista jurídico, la respuesta negativa se impone. Una excusa absolutoria funciona de modo sencillo: alguien comete un hecho tipificado como un delito, y la ley, por razones de política criminal, prescribe que -en tales casos y sólo luego de demostrarse que se han cumplido todas las condiciones-, no se aplica pena al delincuente. Lógicamente la eximición de pena no configura ningún derecho a cometer delitos. Simplemente, en tal caso no hay sanción. Mucho menos podría obligarse a nadie a cometer tal hecho delictivo, aún cuando carezca de pena... La excusa sólo puede ser considerada *ex post facto*, es decir: luego de efectuado el acto tipificado y como consecuencia de una investigación en sede penal, donde se pruebe que, efectivamente, en ese caso concreto, sucedió lo que taxativamente dispone la excusa absolutoria. Obviamente, ante cualquier presunción, no se realiza investigación criminal alguna, y el hecho no se pune aún cuando en realidad, no se haya verificado el supuesto que absolvía de pena al hecho delictivo”. SCALA, Jorge, Se presenta como amicus curiae, (Río Negro, 07/04/11), presentación ante el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro in re NAHUEL PAN, ROLANDO FABIAN s/ABUSO SEXUAL s/INCIDENTE DE SOLICITUD DE INTERRUPCION DE EMBARAZO s/CASACIÓN (Expte. N° 24619/2010 STJRN SP).

<sup>572</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, in re C. P. d. P., A. K. s/Autorización (Ac. 95464), 27/06/05, en [http://www.notivida.org/fallos/Aborto\\_MarDelPlata.html](http://www.notivida.org/fallos/Aborto_MarDelPlata.html)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, in re R., L.M., “NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” (Causa Ac. 98.830), 31/07/06, en “El Derecho”, 11/08/06.

CÁMARA 1° DEL CRIMEN DE BARILOCHE in re Nahuelpan Rolando Fabián s/ Abuso sexual s/incidente solicitud interrupción embarazo s/apelaciones (causa N° A1-2010-3736), 14/04/10. En “El Derecho Diario de Política Criminal”, 02/06/10.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS, Sala Civil y Comercial, Defensora de P. y M. N° 2 (en Repr. de persona por nacer)- s/ Medida cautelar de protección de persona-, 20/09/07, en <http://www.deltaeditora.com.ar/jurisprudencia/provincial-nota.php?id=361>

“Los homicidios prenatales efectuados con autorización judicial, y con la intervención directa de las autoridades públicas nacionales, según el siguiente detalle: a) 8.7.05 en el Hospital Evita de Lanús; b) 19.8.06 en una clínica privada de La Plata; c) 24.8.06 en hospital público de Mendoza; d) 22.9.07 en hospital público de Mar del Plata, por intervención directa del entonces ministro sanitario nacional –cuyo nombre prefiero olvidar-, porque todos los hospitales de Paraná se negaron al asesinato; e) 2.10.08 Hospital Penna de Bahía Blanca; f) 4.2.09 Hospital Ramón Castillo de Santiago del Estero; g) 18.5.09 Hospital Artémides Zatti de Viedma; h) 20.11.09 Hospital Materno-infantil de Tigre; i) y los tres bebés asesinados este año, dos en Comodoro Rivadavia y el tercero, como consecuencia del fallo aquí comentado. En total: 11 homicidios prenatales. Todos estos casos –y otros más donde por diversos motivos los abortos

En este capítulo analizaremos jurisprudencia referida a los derechos naturales y constitucionales del embrión concebido fuera del seno materno. Los primeros fallos a considerar reconocen la existencia de la persona humana desde el momento mismo de la concepción, incluso fuera del seno materno y consecuentemente afirman sus derechos.

Los fallos siguientes -en los que se ordena la cobertura por parte de obras sociales y entidades que se les asimilan, de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea-, si bien no niegan -en sus considerandos- a los embriones concebidos extracorpóreamente el carácter de persona y sus derechos, sus resoluciones los desconocen y además no se condicen con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con el ordenamiento jurídico argentino vigente, resultando -a nuestro juicio- inconstitucionales.

## 2. Fallos que reconocen la condición de persona del embrión concebido extracorpóreamente

A contracorriente de la postura jurisprudencial expuesta en el párrafo anterior, emerge la firme y valiente postura minoritaria de los Dres. Cristina Yolanda VALDEZ<sup>573</sup>, Esteban CENTANARO<sup>574</sup>,

no se cometieron-, fueron seguidos de frenéticas campañas de prensa, tendientes a conseguir los abortos". Cfr. SCALA, Jorge, Homicidio prenatal postmoderno. En "El Derecho Diario de Política Criminal", 02/06/10.

Cabe recordar que el art. 86 del Código Penal está en pugna con los arts. 16, 18, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 3, 6, 24 y 37 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, art. 6 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Al respecto se puede consultar ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, Dictamen sobre las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, 26/11/08, en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/DictamendelaANCMYP261108.pdf>

<sup>573</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIENTO EN SAN NICOLÁS *in re* S.A.F y A.H.A s/ amparo (Nº Expte. 573-2008), 15/12/08, en <http://ar.vlex.com/vid/causa-68972177>

<sup>574</sup> CAMARA DE 2º INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO y TRIBUTARIO, SALA II, *in re* Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA; Expte. 20324/0), 26/05/2008, en [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala\\_2/Ayuso.2008.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala_2/Ayuso.2008.pdf)

de la mayoría de los Magistrados de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES, a saber: María Eugenia SIERRA de DESIMONI y Carlos Alfredo BENÍTEZ MEABE<sup>575</sup>; de todos los Magistrados de la CÁMARA FEDERAL DE SALTA<sup>576</sup>: Dres. Roberto G. LOUAYF RANEA, Luis Renato RABBI-BALDI CABANILLAS y Jorge Luis VILLADA; así como los Vocales de la CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA<sup>577</sup>, Dres. Julio C. SÁNCHEZ TORRES y Guillermo P.B. TINTI<sup>578</sup>.

Los principales argumentos expuestos por los magistrados para fundar sus sentencias son: a) la existencia de un "otro" cuyos derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la identidad<sup>579</sup> y su dignidad, entre otros<sup>580</sup>, no pueden vulnerarse (principio *alterum non laedere*)<sup>581</sup>; b) 4.2. La "cosificación"<sup>582</sup> del niño por nacer, subyacente a las técnicas; c) La manifiesta nulidad de las

<sup>575</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES *in re* L.A.C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo, 04/2011, en "El Derecho" 243, del 14/06/11 y en [http://www.notivida.org/fallos/FIV\\_Corrientes.html](http://www.notivida.org/fallos/FIV_Corrientes.html)

<sup>576</sup> CÁMARA FEDERAL DE SALTA *in re* R., NF. - O.N. c/OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN s/ amparo, 3/09/10, en [http://www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional\\_e\\_internacional/accion\\_de\\_amparo/1cnt0002099913000.html](http://www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional_e_internacional/accion_de_amparo/1cnt0002099913000.html)

<sup>577</sup> CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA *in re* E. B. del C. C. ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD. (APROSS). AMPARO. EXPTE Nº 1736023/36, 13/09/11, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/10/e-b-del-c-c-administracion-provincial.html>

<sup>578</sup> El Dr. SÁRSFIELD NOVILLO no falló por haberse acogido al beneficio de la jubilación ordinaria.

<sup>579</sup> Cfr. CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA *in re* E. B. del C. C. ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD. (APROSS). AMPARO. EXPTE Nº 1736023/36, 13/09/11, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/10/e-b-del-c-c-administracion-provincial.html>

<sup>580</sup> Estas prácticas tecnológicas son de muy baja efectividad y muy alta mortalidad. Cfr. SCALA, Jorge, Fivet y Bioderecho: Al fin un fallo justo, en prensa Revista Foro de Córdoba.

<sup>581</sup> Cfr. MARRAMA, Silvia, Dos campañas que retiñen: alterum non laedere, en "El Derecho" 243, del 14/06/11.

<sup>582</sup> MARRAMA, Silvia, Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar, en ED, [244] - (21/10/2011, nro 12.860).

técnicas, cuyos actos son de objeto ilícito (cfr. art. 953 C.C.)<sup>583</sup>; d) la distribución solidaria y equitativa de recursos escasos -sustento del sistema de obras sociales<sup>584</sup>-, que puede verse afectado ante el elevado costo de las técnicas, en detrimento del derecho que le asiste al universo de los afiliados.

### 2.1. P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias<sup>585</sup>

La sala J de la CÁMARA NACIONAL CIVIL, integrada por Marta del Rosario MATTERA y Beatriz Alicia VERÓN<sup>586</sup>, confirmó la sentencia del Juzgado N° 92, que autoriza a una mujer a que se le transfieran los cinco embriones congelados “depositados”<sup>587</sup> en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), de los cuales dice ser madre, pese a la oposición de su ex marido.

Si bien el argumento central del Tribunal para hacer lugar al pedido de la actora se basa en la teoría de los propios actos del progeñitor, en tanto el mismo manifestó su “voluntad procreacional”<sup>588</sup> al entregar su esperma al IFER, así como al firmar un “contrato” con este Instituto<sup>589</sup>, que implica su consentimiento informado,

<sup>583</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H.; MARRAMA, Silvia E.; MORELLI, Mariano G., Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales), en “Boletín de Bioderecho VII”, en “El Derecho”, 18/11/09.

<sup>584</sup> Cfr. CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA in re E. B. del C. C. ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD. (APROSS). AMPARO. EXPTE N° 1736023/36, 13/09/11, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/10/e-b-del-c-c-administracion-provincial.html>

<sup>585</sup> JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL N° 92 in re P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias, confirmado por la CÁMARA NACIONAL CIVIL Sala J, 13/09/11, en <http://www.diariojudicial.com/fuerocivil/Autorizan-a-una-mujer-a-que-se-implante-embriones-crioconservados-20110922-0009.html>

<sup>586</sup> La Vocal Dra. ZULEMA WILDE no suscribió el fallo por estar en uso de licencia.

<sup>587</sup> Nótese la cosificación del embrión subyacente a la terminología empleada, ya que el contrato de depósito se refiere a cosas y nunca a personas.

<sup>588</sup> Nos hemos referido a esta locución en el capítulo anterior.

<sup>589</sup> “Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial”. CÁMARA NACIONAL CIVIL Sala J, in re P.A. c/S.A.C. s/

por el cual acordó un “Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados/Embriones Autorización de Congelación”; consideramos que el fundamento más importante del fallo radica en el carácter de persona de los embriones congelados.

Partiendo de la premisa de que “en nuestro país no existe a la fecha una legislación específica sobre la fecundación “in vitro” ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre el número de embriones a implantar, su conservación o el destino de los mismos”, el tribunal analiza prescripciones constitucionales y del derecho civil, arribando a la conclusión de que “para la ley civil argentina se es persona desde la concepción” y que “a partir de la reforma del 94, el derecho a la vida es un derecho explícito” protegido desde la concepción.

No compartimos la premisa del Tribunal en tanto establece que en nuestro país no existe a la fecha legislación específica sobre el *status jurídico* del embrión, ya que el mismo tribunal cita normas del derecho civil referidas a la condición de persona del concebido. Interpretándolas armónicamente (cfr. art. 75 inc. 22 CN) con las leyes y convenciones internacionales suscriptas por Argentina que prohíben la discriminación arbitraria<sup>590</sup>, se advierte que el *status jurídico* del embrión concebido extracorpóreamente es y debe ser el mismo que el del concebido en el vientre materno, y que el de una persona nacida, ya que todos somos iguales ante la ley (cfr. art. 16 CN).

Reconociendo que “persona es todo ser humano” (Pacto de San José de Costa Rica, art. 1.2) y que todo ser humano tiene derecho a la vida (cfr. tratados internacionales del art. 75 inc. 22), cabe afirmar que las expresiones “comienzo de la existencia de la persona” e “inicio de la vida humana” son equivalentes jurídicamente. Ello implica -tal como explicamos en el capítulo anterior- que no puede sostenerse jurídicamente la existencia de seres huma-

Medidas Precautorias.

<sup>590</sup> Cfr. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño, y ley nacional N° 23.592.

nos de **distinto status jurídico**, según la edad o etapa de desarrollo biológico en que se encuentren. En consecuencia, es injusto e inconstitucional afirmar la existencia de un “*status* jurídico del embrión concebido extracorpóreamente” **diferente** del *status* jurídico de cualquier otra persona. Mucho menos podría afirmarse la existencia del mencionado *status* del embrión *in vitro* para **disminuir** su protección jurídica, ya que se violaría el principio de los derechos humanos *favor debilis*, entre otros. Sólo podría considerarse que el embrión *in vitro* tiene un *status* jurídico especial para **protegerlo en forma más acentuada** que una persona nacida.

Dejando a salvo la ilicitud del recurso a las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y teniendo en miras el derecho a la vida del o de los embriones congelados, considero que es lícito pretender salvar la vida de aquellos mediante su transferencia al vientre de su madre como “*extrema ratio*”, a la par que se sancione una legislación prohibitiva expresa de las técnicas como modo de impedir que estas situaciones de injusticia se sigan produciendo. Por otra parte, el bien de la vida de los embriones congelados permite intentar recomponer, mediante su transferencia al vientre materno, la ruptura de la relación natural -producida por razón del recurso a las técnicas- entre concepción y gestación por la madre biológica.

## 2.2. L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo<sup>591</sup>

### 2.2.1. Introducción

El fallo que comentamos es una “bocanada de aire fresco” en medio del aluvión de fallos de los tribunales argentinos que ordenan a obras sociales y empresas de medicina prepaga la cobertura de los tratamientos de fecundación artificial extracorpórea, no sólo a matrimonios infértiles sino también a parejas que volun-

<sup>591</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES, Sala IV, in re L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo, 04/2011, en [http://www.notivida.org/fallos/FIV\\_Corrientes.html](http://www.notivida.org/fallos/FIV_Corrientes.html)

tariamente excluyen la procreación en sus relaciones sexuales<sup>592</sup> y a matrimonios fértiles que requieren a la justicia se les “fabri-que” un hijo sano e histocompatible con uno enfermo ya nacido, para que sea instrumento de su curación<sup>593</sup>. Este fallo ejemplar que celebramos es, por sobre todo, el “redoblar de dos campanas solitarias”<sup>594</sup> por el niño concebido extracorpóreamente, entre los “muchos ruidos y gritos” de jueces, legisladores, políticos y técnicos de laboratorio, quienes -so pretexto del “progreso científico”- avasallan sus derechos.

### 2.2.2. Hechos

La Sra. A.C. L. padece Tiroiditis de Hashimoto<sup>595</sup>, enfermedad crónica que generalmente conlleva que los óvulos sean autoinmunes<sup>596</sup> (cfr. constancias médicas agregadas a la causa). Por ello, la

<sup>592</sup> JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 5 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, in re P., M. E. y otros c/ Obsba, 24/11/09, en “El Derecho” 15/03/2010, N° 12.463, con nota a fallo de SAMBRIZZI, Eduardo A., Improcedente medida cautelar que posibilita la maternidad de una homosexual con células germinales de terceros, en “El Derecho”, 15/03/10, N° 12.463.

<sup>593</sup> CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re L., H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo (Expte. N° 11.578), 29/12/08, en “El Derecho” 233-31. Se recomienda la lectura de las siguientes notas al fallo: QUINTANA, Eduardo M., El costo jurídico de un ‘niño de diseño’: ¿seres humanos más humanos que otros?, “El Derecho”, 09/06/09; DE MARTINI, Siro, Acerca de los límites del derecho, “El Derecho”, 10/06/09; SCALA, Jorge, Los jueces no son demiurgos, publicado en la Revista Foro de Córdoba, Año XX, n° 137, marzo de 2.010.

<sup>594</sup> Cfr. La cita realizada en el capítulo 3 (DONNE, John (1572-1631), Devotions Upon Emergent Occasions...ibídem) y la aplicación que hemos realizado respecto de la fecundación artificial.

<sup>595</sup> “Tiroiditis crónica (Enfermedad de Hashimoto). Es una hinchazón (inflamación) de la glándula tiroidea que frecuentemente ocasiona disminución en la función tiroidea (hipotiroidismo)... Esta enfermedad es ocasionada por una reacción del sistema inmunitario contra la glándula tiroidea”. Tiroiditis crónica (Enfermedad de Hashimoto), en MedLine Plus (servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos), <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000371.htm>

<sup>596</sup> “El sistema inmune del organismo es la defensa del cuerpo contra sustancias extrañas, como ser las bacterias y los virus. El cuerpo produce anticuerpos y células inmunes especializadas que intentan destruir a toda sustancia extraña nociva, que penetre en el mismo. Ocasionalmente, por error, el sistema inmune ataca a sus propias células. Esto se denomina desorden autoinmune. Algunas mujeres con desórdenes

Sra. recurre a la “ovodonación”<sup>597</sup>, aunque la transferencia de “embriones de ovodonación” que se le practica **no arroja resultado positivo**, es decir que los embriones transferidos murieron.

Por otra parte, el cónyuge de la amparista coadyuva a la infertilidad de la pareja, presentando “Factor Masculino Severo”. Ante esta patología -que puede tener diversas causas<sup>598</sup>- la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida -organismo de consulta de los centros de fecundación artificial, que establece los protocolos de las técnicas- indica la utilización de la técnica ICSI<sup>599</sup>. Esta técnica consiste en la introducción del espermatozoide directamente en el citoplasma del óvulo, logrando de este modo artificial lo que el esper-

autoinmunes forman anticuerpos que atacan a sus propios ovarios. Estos anticuerpos dañan a los ovarios y destruyen los óvulos, dando lugar a una menopausia precoz”. Menopausia precoz, en [http://www.infertilidadonline.com.ar/menop\\_precoz.htm](http://www.infertilidadonline.com.ar/menop_precoz.htm)

<sup>597</sup> Donación de óvulos destinada a aquellas mujeres que ya no pueden producir sus propios ovocitos, también a aquellas que han tenido fallas reiteradas en los tratamientos de fecundación artificial donde se observa una mala calidad ovocitaria u óvulos autoinmunes, o en situaciones específicas de riesgo de transmitir a los hijos enfermedades genéticas comprobadas.

El Dr. BENÍTEZ MEABE analiza la problemática jurídica de la donación de gametos respecto de la filiación (Cons. 2.C.). Cabe recordar asimismo los problemas de consanguinidad que se suscitan.

<sup>598</sup> De las patologías frecuentes que llevan a un diagnóstico de “factor masculino severo” se encuentra la azospermia o falta total de espermatozoides o la oligospermia o baja cuenta espermática. Cfr. SOCIEDAD MEDICA HOSPITAL ANGELES TIJUANA, SMHAT, Factor masculino en infertilidad, en <http://smhat.blogspot.com/2011/01/smhat-factor-masculino-en-infertilidad.html>

<sup>599</sup> Tal como explicamos en el capítulo segundo, “la Inyección intra citoplasmática de espermatozoide (**ICSI**) es una forma de fertilización in vitro dirigido a parejas infértiles en que debido a múltiples factores, los espermatozoides no tienen la capacidad de penetrar al interior del ovocito. Cuando esto ocurre, es necesario facilitar la fecundación, inyectando un espermatozoide al interior del ovocito. Esto se realiza usando equipos de magnificación (microscopio invertido), equipado con sistemas hidráulicos que permiten introducir el espermatozoide suavemente, usando una finísima aguja de vidrio”. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual... *ibidem*.

Datos de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) correspondientes a 1999 indicaban que la segunda técnica más usada (36,8% de los casos) es la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Aunque esos datos se refieren sólo a Europa, resultan significativos, ya que en este continente se realizan el 60% de todos los tratamientos de reproducción artificial. Cfr. La reproducción asistida en cifras... *ibidem*.

matozoide no puede hacer por su propia virtualidad: penetrar el óvulo.

Por indicación de los médicos tratantes, la amparista solicita, al promover demanda, se ordene a la obra social demandada “cobertura del 100% a la titular y su cónyuge, de una prestación de Fertilización In Vitro (FIV) por técnica ICSI con ovodonación, hasta producirse el embarazo”.

Con base en el derecho a la salud, la Sra. Juez de Primera Instancia<sup>600</sup> acogió la demanda en todas sus partes. Apelado el fallo, la Sala IV de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES dicta el ejemplar fallo que aquí comentamos, revocando la sentencia de la *a quo*.

### 2.2.3. Marco legal del caso

Tal como explicamos en el capítulo anterior, la legislación positiva argentina -con excepción del decreto 200/97- no aborda expresamente el problema de la fecundación artificial extracorpórea. Ante esta circunstancia y la imposibilidad de rehusarse a resolver la cuestión alegando “*silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*” (art. 15 C.C.), los Dres. María Eugenia SIERRA DE DESIMONI y Carlos Alfredo BENÍTEZ MEABE recurren al principio *alterum non laedere*<sup>601</sup>, de raíz constitucional (art. 19 C.N.) para

<sup>600</sup> La Dra. Irma SANCHEZ DE TATARINOFF hizo lugar a la demanda de amparo promovida por la Sra. A. C. L. y el Sr. R. G. V., condenando a la Obra Social demandada (Unión Personal Civil de la Nación) a cubrir la totalidad del tratamiento de fecundación artificial por técnica ICSI, a efectuarse en el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción (CEGYR) de la ciudad de Buenos Aires, incluyendo todos los gastos, costos y demás erogaciones que requiera dicho tratamiento, así como los honorarios médicos y medicamentos que sean indicados; todo ello bajo apercibimiento de aplicarse astreintes al Presidente de la Obra social y/o al funcionario responsable (cf. art. 666 bis del Código Civil), por cada día de demora injustificada, que se harán efectivos desde la fecha de recepción del oficio (art. 37 del C.P.C.C.). Cfr. JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y PREVENCIÓNAL DE MENORES DE BELLA VISTA (CORRIENTES) in re L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo, 24/09/10.

<sup>601</sup> “Lo que aquí se debate en realidad se relaciona con la posibilidad de acceder a la concepción en situaciones ajenas a las propiciadas por la naturaleza, situación que encuentra sus límites en la afectación de derechos subjetivos de otras personas -en el caso, el niño por nacer- en los términos que emergen del art. 19 de la Constitución Nacional” (Cons. 11 voto Dra. SIERRA DE DESIMONI)

resolver el caso. Y la aplicación de este principio fundamental del derecho es un radical reconocimiento de que las técnicas de fecundación extracorpórea involucran a un “otro”, cuya vida o salud no puede ser puesta en riesgo por ningún juez, en aras de los “derechos reproductivos” de otros.

Este fallo ratifica la postura en la que nos enrolamos y desarrollaremos en el capítulo siguiente: la ley positiva vigente en Argentina es **suficiente** para resolver los casos de fecundación artificial extracorpórea que se presenten<sup>602</sup>. El hecho de que no se haya legislado expresamente la prohibición de las técnicas<sup>603</sup> no afecta su antijuridicidad<sup>604</sup> (afirma el Dr. BENÍTEZ MEABE en el Cons. 2. D. que las técnicas “están reñidas con el derecho vigente”), ya que el legislador no puede ni debe legislar sobre todas las situaciones

---

“Juzgo que corresponde acoger la pretensión recursiva en base a los siguientes argumentos: A.- El principio “alterum non laedere”, establecido implícitamente en el art. 19 de la Constitución Nacional, subyacente en todo el orden jurídico prohíbe perjudicar los derechos de un tercero” (Cons. 2 voto Dr. BENÍTEZ MEABE).

<sup>602</sup> Cfr. CAFFERATA, José I., Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino, en “El Derecho”, 130-743.

<sup>603</sup> La Camarista SIERRA DE DESIMONI fundamenta su voto en que las obras sociales, al formar parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud, están obligadas a cumplir con las prestaciones que establece y actualiza periódicamente la autoridad de aplicación (Secretaría de Salud de la Nación, a través de la ANSSAL -Administración Nacional del Seguro de Salud-), donde cada obra social debe registrarse y presentar el programa de prestaciones médico-asistenciales para sus beneficiarios, ajustándose a las prestaciones médicas obligatorias (PMO) establecidas por leyes nacionales y resoluciones del Ministerio de Salud. Pero el tratamiento requerido por los amparistas no se encuentra incluido en el listado de prestaciones obligatorias referido, por lo cual el carácter notorio u ostensible de la ilegalidad o arbitrariedad denunciada por el actor -requerido por la naturaleza jurídica del amparo- no ha podido constarse en el caso de autos. Por otra parte, “no puede endilgarse arbitrariedad toda vez que no se trata de una conducta caprichosa y sin principios jurídicos. Es que, al momento de responder (extrajudicialmente) el reclamo efectuado por el amparista, la obra social demandada ha brindado los motivos por los cuales no accedía a la prestación solicitada... además de explicar que se trata de un método no contemplado en la normativa oficial vigente, dejó claro que aún no se encuentra definida la infertilidad como una enfermedad y expuso los problemas bioéticos que genera el tratamiento”.

<sup>604</sup> Consideramos que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, en las que se da un gravísimo atentado contra la vida y dignidad de la persona humana, están implícitamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico y por ende el recurso a las mismas constituye delito para el derecho civil.

que puedan suscitarse en la sociedad y, por otra parte, un sano realismo muestra que la ley nunca es completa, perfecta y única fuente de derecho.

#### 2.2.4. El principio *alterum non laedere* aplicado al caso

“Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto o de opinión, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental (cit. en Rodríguez Luño, A. y López Mondejar, R., *La fecundación in Vitro*, Palabra, Madrid, 1986)” (Cons. 9, voto de la Dra. SIERRA DE DESIMONI<sup>605</sup>), evidencia que el derecho vigente en Argentina reconoce como “niño”. Partiendo de esa premisa, con un simple silogismo demuestra el Dr. BENÍTEZ MEABE que “todo niño no nacido tiene derecho a la vida” (Cons. 2.A.). Y “sentado el principio del derecho a la vida desde la concepción, cabe destacar que resulta indudable que el tratamiento de fertilización asistida afecta el derecho de los embriones concebidos. En efecto, en tanto en toda técnica extracorpórea la fecundación se realiza fuera del cuerpo materno, los embriones así concebidos corren desproporcionados e innecesarios riesgos en su vida y salud” (Cons. 2.B., voto del Dr. BENÍTEZ MEABE).

Estos riesgos desproporcionados e innecesarios -que hemos mostrado en el capítulo tercero, basados en información provista por

---

<sup>605</sup> Asimismo entiende la Camarista que “así como por un lado se halla el derecho de una persona a ser padre o madre, por el otro existe el innegable derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”. “Lo que aquí se debate en realidad se relaciona con la posibilidad de acceder a la concepción en situaciones ajenas a las propiciadas por la naturaleza, situación que encuentra sus límites en la afectación de derechos subjetivos de otras personas -en el caso, el niño por nacer- en los términos que emergen del art. 19 de la Constitución Nacional”. Por otra parte, sostiene que “no son pocos los conflictos que presenta la fecundación humana artificial (el derecho a la identidad genética, el derecho a la propiedad del patrimonio genético, el derecho a la determinación de la paternidad y maternidad y al estado de familia). Y cualquier decisión que al respecto se tome, debe ser el resultado de un debate parlamentario y no judicial”. Es así que, basada en los argumentos estrictamente jurídicos mencionados, decide apartarse del precedente judicial que recientemente había pronunciado el Superior Tribunal de Justicia provincial en los autos B.N.L. Y L.F.A. c/ Obra Social de la Provincia de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo, sentencia N° 29 del 16/03/11, rechazando el pedido de los amparistas.

los mismos centros que practican estas técnicas-, se encuentran reconocidos por la misma amparista en el escrito de demanda (cfr. Cons. 2.B., voto del Dr. BENÍTEZ MEABE).

### 2.2.5. Conclusión

No todo lo que es técnicamente posible, es, por esa sola razón, jurídicamente admisible. El hecho de que la técnica de reproducción artificial esté llegando a resultados asombrosos, no debe inducir al “mito del progreso científico” como valor supremo de humanización. Quizás la fecundación artificial extracorpórea sea el conjunto de técnicas **más deshumanizadoras** que existen. En efecto, “se trata de procedimientos que no resultan proporcionados a la dignidad de la persona y la transmisión de la vida humana, pues imponen una lógica biotecnocientífica y despersonalizadora en la procreación humana y se apartan de principios fundamentales como la donación de las personas en la unión sexual conyugal” (Cons. 2.E., voto Dr. BENÍTEZ MEABE). Un ser digno -como lo es la persona humana, subsistente racional-, merece un advenimiento digno, “con correspondencia adecuada”, según la expresión ya mencionada de CAFFARRA<sup>606</sup>. Pero “lo que viene al margen de la naturaleza no es digno ni justo”<sup>607</sup>. Por ello afirma con razón la Camarista en el fallo que comentamos: “existe el innegable derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de la madre” (Cons. 10 Dra. SIERRA DE DESIMONI).

Mostrados, además, los desproporcionados riesgos para la vida y salud de los embriones concebidos extracorpóreamente, **oigamos el tañer claro y fuerte de estas dos campanas**: “Digamos claramente que ni la clonación, ni la destrucción de embriones, ni la interrupción del embarazo admiten ubicarse entre las conductas autorreferentes, aunque más no sea porque está de por medio la vida ajena” (Cons. 9 Dra. SIERRA DE DESIMONI). “Para decirlo sin circunloquio: la jurisdicción no puede ordenar que se cubran tratamientos que afectan el derecho a la vida de personas por na-

<sup>606</sup> Cfr. CAFFARRA, Carlo, *La fecundación in vitro...* *ibidem*.

<sup>607</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo, *I Pol.*, lect. 3, núm. 57. Cit. por RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología...* *ibidem*.

cer, o lo ponen en riesgo; no puede disponer una práctica médica que quebranta normas de orden público relativas a la filiación; los tribunales no pueden cooperar con hechos que, objetivamente, podrían constituir la comisión del delito de suposición de estado civil; por último, no puede perjudicarse a las obras sociales, que establecieron su programa de prestaciones de conformidad a la legislación vigente, y, aprobado el organismo competente, realizaron el cálculo de su factibilidad financiera con esa base, obligándolas a distraer fondos que probablemente le harán incumplir necesidades de otros afiliados, so color de atender prestaciones de alto costo, no solo económico, sino también humano y sumamente cuestionadas en sus aspectos bioéticos y jurídicos” (Cons. 3, voto del Dr. BENÍTEZ MEABE).

### 2.3. Rabinovich, Ricardo D. s/amparo<sup>608</sup>

#### 2.3.1. Hechos

El Dr. Ricardo D. RABINOVICH inició actuaciones a efectos de que se dé inmediata intervención al Ministerio Pupilar, con vistas a la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas, denunciando, en tal sentido, que según las noticias periodísticas que menciona, en diferentes ámbitos de nuestro medio se practican técnicas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio y/o de los jueces competentes.

Con intervención de la Asesora de menores e incapaces de pri-

<sup>608</sup> CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

mera instancia<sup>609</sup>, el Juez<sup>610</sup> dispuso distintas medidas tendientes a verificar los hechos que motivaron la denuncia<sup>611</sup> y finalmente resolvió: “1. Disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, sea puesta a consideración del Juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular. 2. Ordenar se notifique por secretaría lo proveído en el día de la fecha a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades *supra* reseñadas. 3. Hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto de que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las prácticas médicas de fertilización asistida”.

<sup>609</sup> “La intervención del Asesor es incuestionable atento que los incapaces son promiscuamente representados por él, que es parte en todo asunto en que se trate de las personas o bienes de ellos (art. 59 Código Civil). Al legislar sobre el Ministerio Público (arts. 491 al 494) el código establece que puede pedir el nombramiento de tutores y declara nulos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de menores e incapaces si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio Público”. QUINTANA, Eduardo M., *Control Judicial...* *ibidem*.

<sup>610</sup> Cfr. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 56 DE LA CAPITAL FEDERAL, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 28/04/95, en “Revista Derecho de Familia” N° 10, pág. 175; “El Derecho” 162-229.

<sup>611</sup> Así, lo actuado le permitió constatar la existencia de prácticas médicas enderezadas a obtener con ayuda de la ciencia la fecundación que por vía exclusivamente natural no es posible lograr; que tales prácticas intervienen en las fases primarias del proceso de gestación de la vida humana; que cualquiera sea su encuadramiento jurídico, ésta merece tutela desde el momento mismo en que aparece; y que tal necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública: en principio, del legislador, estableciendo pautas generales propias, pero a falta de estas y hasta tanto se dicten debe ejercerla el órgano judicial, aunque no permitiendo o prohibiendo en abstracto sino ponderando cada caso concreto, a fin de evitar que una libertad total sobre la materia pueda llegar a comprometer la vida humana. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

### 2.3.2. Argumentos del Tribunal

Ante la apelación interpuesta<sup>612</sup>, la Cámara concordó parcialmente<sup>613</sup> con los argumentos de los recurrentes, circunscribiendo su pronunciamiento sólo a situaciones existentes a la fecha en que se dicte el fallo, y a las personas involucradas en ellas, individualizadas o individualizables en la etapa de ejecución.

#### 2.3.2.1. Estado de la cuestión en materia legislativa y jurisprudencial

Según afirma la Cámara, en nuestro país no existe legislación específica sobre tales cuestiones, ni nuestros tribunales se han pronunciado sobre el tema.

#### 2.3.2.2. Derecho aplicable

Por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una

<sup>612</sup> El pronunciamiento fue apelado por A.a.R.y N.A.T., por Fecunditas S.R.L.y por los Dres. Juan C. MANNARA, Carlos CARRERE, Fernando GISMONDI, Alejandro DIZ, Enrique SALAMA y Javier SINGLA, objetando que el fallo contiene un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial.

<sup>613</sup> En el Cons. 3 estableció que, tal como se desprende de los arts. 109, 116 y 117 C.N. y la Corte Suprema así lo ha interpretado en forma invariable, la competencia propia del Poder Judicial, distinta de la acordada a los otros poderes del Estado, debe ejercerse en causas o casos concretos, y no puede ser excedida en las sentencias sin infringir aquellos preceptos y comprometer el principio de la división de poderes, tal como se da en el presente caso.

La Cámara continúa explicando que el fallo apelado dispuso que hasta tanto se dicte legislación específica, “toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades...”, sea puesta a consideración del Juez en lo civil, para que, mediante su intervención, se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman...”; y de ese modo ha decidido sobre situaciones futuras que puedan derivar de las actividades que menciona, fijando una norma general a la que deberán someterse los implicados en ellas, como es el requerimiento de autorización judicial, lo cual es propio de la función legislativa y no de la función judicial, circunscripta -se reitera- a causas o casos concretos. En consecuencia, el Tribunal circunscribe su pronunciamiento sólo a situaciones existentes a la fecha en que se dicte el fallo, y a las personas involucradas en ellas, individualizadas o individualizables en la etapa de ejecución, ya que esta contingencia no quita carácter actual y concreto al decisorio. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.



legislación que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, la cuestión planteada en autos debe examinarse y resolverse -al parecer del Tribunal- mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro sistema legal y de conformidad con los hechos que resultan de la causa.

De la normativa examinada en el Cons. 6<sup>14</sup>, concluye el Tribu-

<sup>614</sup> “Según el art. 30 C. C. “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”, y tratándose de las personas de existencia visible mencionadas en el art.31, es claro que tales entes no son sino las personas humanas, y toda persona humana. “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”, expresa con amplitud el art.51; criterio que, por lo demás, resulta acorde con nuestro régimen constitucional. En efecto, el art.75 inc.22 de la Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que enumera, y en ellos se reconocen los derechos a la persona humana, en razón de su dignidad propia, y a toda persona sin distinciones. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a “todos los hombres” (Preámbulo), a “todo ser humano” (art.1) y a “toda persona” (art.2 y ss.), y añade: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales” (art.17); la Declaración Universal de Derechos Humanos alude a “todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo), a “todos los seres humanos” (art.1), a “toda persona” (art.2) y a “todo individuo” (art.3), y prescribe que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art.6); la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) habla del “hombre” y la “persona humana” (Preámbulo) y de “toda persona” (art.4 y ss.), y dispone asimismo que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art.3); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona a la “persona humana” y al “ser humano” (Preámbulo), a “todos los individuos” y “toda persona” (art.2) y a los “hombres y mujeres” (art.3), reiterando -como en las anteriores convenciones- que “todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art.16). También es amplia la solución dada en el Código Civil al problema relativo al comienzo de las personas de existencia visible y su consecuente tutela legal, al reconocer como tales a las personas por nacer bajo la condición resolutoria que contempla el art.74, y ello desde el momento de su concepción en el seno materno. El art.63 establece: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”; explicando Vélez en la nota correspondiente: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar. El art.22 Cód. de Austria, dice: ‘Los hijos que aun no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero’. Lo mismo el Código de Luisiana, art.29, y el de Prusia, 1ª parte, Tit.1, art. 10. Pero el Código de Chile, en el art.74, dice: ‘Que la existencia legal de toda persona principia al nacer’; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado?

nal que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.

Ello supuesto, resulta claro para el Tribunal que todas aquellas teorías que de diversos modos sólo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su concepción<sup>615</sup>, resultan **incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico**. En especial, el Tribunal se detiene a analizar la posición que sólo

¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?...”. A su vez, el art. 70 es terminante en cuanto al inicio de la persona: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”; criterio que, por lo demás, es concorde con la amplitud del citado art.51, que al prescribir de “cualidades o accidentes” en la definición de la persona de existencia visible impone prescindir de determinaciones -o indeterminaciones, si se quiere- derivadas de los distintos momentos de su desarrollo”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412. Cons. 6.

<sup>615</sup> El Tribunal considera que, ciertamente, la relativa amplitud del término concepción no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registraron los actuales conocimientos científicos- en el marco de un complejo y dinámico proceso. Pero el mismo Código Civil ofrece un criterio para responder a ese interrogante en el art. 51, cuya interpretación analógica el Tribunal propugna: “Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier “signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”; y no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, de suerte que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de “cualidades o accidentes”, o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412. (Cons. 7).

admite la existencia del ser humano a partir de los catorce días de la fecundación<sup>616</sup>, con la implantación estable del denominado “preembrión” en la pared del útero materno, momento en que se convertiría en verdadero embrión<sup>617</sup>. Pero el Tribunal reconoce un ser humano en el embrión no implantado<sup>618</sup>. Una consideración especial hace el Tribunal respecto de la situación del embrión que denomina “ovocito pronucleado”<sup>619</sup>. El Asesor de Menores intervi-

<sup>616</sup> En el Cons. 7 se explica: “Al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, la unión de ambos pronúcleos con la consiguiente unificación de la información genética, se estaría ante un nuevo ser distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de los veintitrés cromosomas maternos y los veintitrés cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos materno y paterno, determinaría la individualidad propia del nuevo ente y las reglas de su futuro desenvolvimiento, de modo que todo lo que cada hombre pueda llegar a ser está ya programado -en ese plano- por dicho código genético. A lo que no obsta la eventualidad de la segmentación del embrión en el supuesto de gemelos monocigóticos pues individualidad se opone a universalidad y no a divisibilidad, manteniéndose aquella en el embrión mientras ésta no suceda y luego en los gemelos resultantes”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

<sup>617</sup> Tal posición, en autos, encuentra respaldo en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología.

<sup>618</sup> En esa línea se inscriben, en autos, los informes producidos por la Academia Nacional de Medicina y la Universidad del Salvador así como el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar que “la unión del material genético de ambos progenitores que se produce durante la singamia, marca el inicio de una nueva vida con la potencialidad de generar un ser humano”.

<sup>619</sup> El “ovocito pronucleado” sería –según el Cuerpo Médico Forense- el ovocito que poco después de haber sido penetrado por el espermatozoide, “demuestra la existencia de dos pronúcleos, uno aportado por la gameta femenina y otro por la masculina”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

No adherimos a esta terminología empleada por el Tribunal y el fiscal de Cámara. Nos remitimos a la explicación sobre el tema que hemos dado en el capítulo II de esta obra. Preferimos utilizar la palabra “embrión” para referirnos a la persona por nacer, en cualquier estadio de su desarrollo, desde el momento de la concepción, es decir, desde la penetración del espermatozoide en el óvulo. Esta es la terminología que adopta nuestra Corte Suprema en el fallo Portal de Belén, comentado en el capítulo anterior: “el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292. Punto V.

niente les reconoce su condición de persona. El Tribunal, atento la controversia científica inconclusa sobre el tema, comparte el dictamen del Fiscal de Cámara<sup>620</sup>, y en consecuencia aplica el principio de los derechos humanos “*in dubio pro homine*”, aunque sin citarlo expresamente<sup>621</sup>.

En el Cons. 9 se aborda la cuestión de la crioconservación de embriones y “ovocitos pronucleados”<sup>622</sup>.

### 2.3.3. Resuelvo

De todo lo expuesto concluye el Tribunal que, en lo que atañe a la cuestión sobre la que debe pronunciarse y al margen de otros

<sup>620</sup> El Fiscal de Cámara considera que el mentado desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del “ovocito pronucleado” no puede ser dirimido por los jueces. Sostiene que las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente -concepción, signos característicos de humanidad- no bastan a ese fin; no permiten afirmarlo, sin extremar indebidamente la analogía, pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el “ovocito pronucleado” constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos “con los que pocas horas después se formará el embrión”. “Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal. Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412. Cons. 7.

<sup>621</sup> Es lógico el razonamiento del Tribunal: “Si en el orden especulativo la duda conduce a suspender el juicio, en el orden práctico, cuando no se trata de juzgar sino de obrar y cuando la opción es insoslayable, lo indicado es proceder de modo de preservar lo que sería un bien mayor –en el caso, la vida de personas- o al menos estar al mal menor postergando toda conducta que pudiera comprometer ese bien. Adviértase que si –por hipótesis- la duda se resolviera en términos que llevaran a reconocer en el ovocito pronucleado una persona, el hecho ilícito que significaría causarle un daño podría imputarse a título de culpa e inclusive –utilizando conceptos propios del Derecho Penal- de dolo eventual, ya que mediaría representación de la posibilidad de aquel ilícito y, aunque no se lo propusiera como tal, se asentaría a esa posibilidad para lograr otros fines”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412. Cons. 7.

<sup>622</sup> Sin perjuicio de ser pública y notoria en el país la crioconservación de embriones y “ovocitos pronucleados”, según se desprende de frecuentes manifestaciones vertidas por profesionales y entidades vinculadas con los problemas de la fecundación extracorpórea, tal circunstancia está -además- acreditada en autos. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

problemas jurídicos que plantean posibles alternativas previas a la fecundación artificial extracorpórea ajenas a dicho pronunciamiento-, una vez producida esta última y concebido el nuevo ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y sus derechos. En consecuencia, con relación a los embriones y “ovocitos pronucleados” que puedan existir criopreservados a la fecha del pronunciamiento, el tribunal adopta las siguientes medidas a fin de asegurar su tutela jurídica: “Primero: disponer que el secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un **censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados**, existentes a la fecha en el ámbito de dicha ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la **individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil** para tal individualización. Cabe destacar, al respecto, que al evaluar la factibilidad de esta medida se tienen en cuenta sendas resoluciones adoptadas por el Honorable Senado de la Nación, en términos similares (S-1637/1996 y S-2166/1997). Segundo: **prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos** -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- **que implique su destrucción o experimentación**. Tercero: ordenar que **toda disposición material o jurídica** de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete **con intervención del Juez de la causa**, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento. Cuarto: encomendar al a quo que, efectuado el censo de marras, procesa a notificar el fallo a todos los interesados. Quinto: comunicar lo resuelto al ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos” (los resalta-

dos son nuestros). Es decir que el fallo ordena un censo de embriones no implantados, prohíbe su destrucción o experimentación sobre los mismos, y sujeta todo acto de disposición respecto de los mismos a la autorización previa del Juez de la causa.

En el Cons. 10 el Tribunal considera oportuno dirigirse al ministro de Justicia de la Nación a fin de hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación artificial.

### 2.3.4. Algunas consideraciones sobre el fallo

#### 2.3.4.1. Inviolabilidad de la vida humana

La sentencia analizada trasunta sentido común y justicia, y es plenamente conforme con el principio de razonabilidad establecido en el art. 28 de nuestra Carta Magna<sup>623</sup>. Tanto el fallo de primera instancia como el del Tribunal afirman rotundamente la inviolabilidad<sup>624</sup> de cada vida humana desde la concepción hasta el fin de su vida (“muerte natural”), y reconocen expresamente a la vida humana como bien jurídico y el carácter de sujeto de derecho, en nuestro ordenamiento jurídico –en especial el constitucional, penal, civil y administrativo-, de la persona por nacer.

<sup>623</sup> Así, el Tribunal protege expresamente el derecho a la vida, a la identidad y a la integridad de los embriones humanos congelados, descalificando los arbitrarios regateos de quienes procuran discriminar entre los concatenados estadios biológicos de un proceso, que de no ser interrumpido se cumple, porque lo integran momentos secuenciales ínsitos uno en el otro desde el primer instante. Cfr. LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana, El desafío bioético de la fecundación asistida. Necesidad de protección jurídica del embrión humano, en “El Derecho”, 163-996.

<sup>624</sup> Este fallo reconoce el **derecho de cada ser humano concebido al desarrollo continuo e integral del proceso de su gestación en el seno de su madre**. Esta afirmación forma parte del título de un artículo -que comenta este fallo- cuya autoría pertenece a la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO (ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., Trascendente fallo... ibídem.). Si el desarrollo del concebido debe ser **integral** en el seno materno, esto implica la **exclusión total de toda técnica de fecundación artificial extracorpórea, es decir, que suplante el acto conyugal por un acto técnico**.

Alejandro MOLINA, Asesor de Menores interviniente, va más allá que el Tribunal, al dictaminar que “no sólo existe personalidad en el embrión, sino en el denominado preembrión y ovocito pronucleado... ya que luego de la fecundación no podemos hablar de “no ser”, y lo que “es” es ser humano para la biología, ser en acto para la filosofía y persona para nuestro derecho”<sup>625</sup>.

### 2.3.4.2. Censo de “ovocitos pronucleados” y embriones congelados

La efectividad de la acertada medida dispuesta por la resolución, hubiese quedado asegurada por el principio de responsabilidad civil de los profesionales implicados y por la sanción penal correspondiente al delito de resistencia o desobediencia a la autoridad<sup>626</sup>. Asimismo se podría haber dado intervención a la justicia penal<sup>627</sup>, enviándole copia de las actuaciones. Sin embargo, como veremos más adelante, se implementó además otro mecanismo legal para asegurar que se llevase a cabo: el tutor especial.

<sup>625</sup> Cit. por ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo... ibidem*, nota 7. En el mismo sentido, MASSINI CORREAS sostiene: “El derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco, o más o menos, o mucho, no puede ser sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia... de lo contrario, no estaríamos en presencia propiamente de derechos, sino de meros “edictos de tolerancia revocables”, con lo que quedarían sin sentido todas las declaraciones de derechos y los hombres sujetos a la posibilidad de ser eliminados no bien su desaparición se presente como útil o conveniente”. MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en SERNA, P., MASSINI, C. FINNIS, J. KALINOWSKI, G., OLLERO, A., POSSENTI, V., Y SPAEMANN, R., *El derecho a la vida*. Cit. por ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo... ibidem*, nota 8.

<sup>626</sup> El delito está tipificado en el art. 239 C.P., que establece: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

<sup>627</sup> Si bien la perspectiva penal está excluida de esta obra, esbozamos la siguiente consideración: en el caso podrían haberse investigado los delitos de aborto -u homicidio- de embriones que se hubiesen “descartado” o que hubiesen fallecido a consecuencia de las técnicas, el delito de lesiones (cfr. daños a la salud mostrados en el capítulo III), delito de supresión de la identidad (cfr. desarrollo sobre violación del derecho a la identidad de los embriones del capítulo IV) y quizá hasta el delito de privación ilegítima de la libertad al mantener a los embriones congelados.

### 2.3.4.2.1. Condiciones del censo

En cuanto a las condiciones del censo, sostiene la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO<sup>628</sup> que “por su trascendencia, la información para el censo exige ser recabada bajo juramento y luego registrada y archivada, con clave de acceso restringido según el caso, conforme la reserva que exige la dignidad de la persona por nacer, la de aquellos ya nacidos por aplicación de las técnicas de procreación artificial, la de la intimidad personal y familiar y la reserva propia de los tratamientos médicos, del ejercicio profesional y regla de los procedimientos judiciales”.

### 2.3.4.2.2. Contenido del censo

El censo debía versar, según el resuelto del Tribunal, sobre la individualización de los embriones, ovocitos pronucleados y sus progenitores<sup>629</sup> (es decir, los dadores de los gametos masculinos y

<sup>628</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo... ibidem*.

<sup>629</sup> Respecto a los pacientes-embriones crioconservados, dado que la potestad parental se inicia desde la concepción y para la protección de los hijos (art. 264 C.C.), la Justicia requiere saber las circunstancias actuales de las personas por nacer crioconservadas en relación con sus progenitores.

La Dra. Catalina ARIAS DE RONCHIETTO sugiere la inclusión en el censo de los siguientes datos: a) si sus progenitores los conservan para sí con el fin de implantarlos en su madre o si optan por darlos en adopción prenatal; b) si están en desacuerdo al respecto; c) si ha fallecido alguno de ellos o ambos; d) si se han divorciado o separado de hecho; e) si se han desentendido de ellos; f) si otros familiares se han interesado al respecto.

En relación a los progenitores, la jurista considera que el censo debería informar: a) la edad, estado civil, actividad laboral e historia clínica, en la medida de lo necesario, de quienes solicitan la aplicación de las técnicas; b) sus respuestas al ser informados de la posibilidad de la adopción plena, antes de iniciar su tratamiento; c) la conducta de los progenitores respecto a los gastos de crioconservación de sus embriones; d) las respuestas de los pacientes al ser informados sobre la adopción prenatal; e) su decisión ante la información de que deberán implantarse sus embriones en un plazo determinado o darlos en adopción prenatal y la correlativa prohibición de dejar a sus hijos en estado embrionario a disposición del Centro. Cf. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo... ibidem*. Ya nos hemos pronunciado fundadamente en oposición a la posibilidad de la adopción prenatal, razón por la cual consideramos en principio inútiles los requisitos enumerados como a) y b).

femeninos)<sup>630</sup>, instituciones y profesionales intervinientes, y todo otro dato que resultase de interés para la causa. A estos requisitos consideramos importante añadir el tiempo de crioconservación de los embriones, a fin de que, en caso de que se implanten estos embriones –solución que no compartimos, como ya explicamos en el capítulo anterior-, la selección de los mismos se haga por su antigüedad y no por su mal llamada “viabilidad”. Anteponer los embriones que llevan más tiempo congelados implica hacer jugar el principio de los derechos humanos *favor debilis*, ya que a mayor tiempo de congelamiento disminuyen las posibilidades de sobrevivida (cfr. capítulo III).

<sup>630</sup> En referencia a los dadores de gametos, ARIAS DE RONCHIETTO propone averiguar: a) existencia de bancos de gametos femeninos y/o masculinos; b) requisitos, gratuidad, anonimato, motivación, edad, estado civil, si tienen o no hijos biológicos; c) desvinculación jurídica del niño que fuese concebido con sus gametos; d) control de SIDA y otras enfermedades de transmisión hereditaria e infecciosas; e) criterio de selección de los dadores; f) número previsto de fecundaciones con cada dador; entre otros datos. También sugiere que se indague a los Centros de fertilidad, a fin de obtener información útil sobre los aspectos a regular por la ley y reglamentación (Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., *Trascendente fallo... ibidem*). Al respecto consideramos que si bien el fallo alude a la individualización “de los dadores de los gametos masculinos y femeninos”, claramente de la lectura íntegra del resolutorio se aprecia que el objetivo es la protección de los embriones **existentes** (utiliza el resuelto dos veces la palabra “individualización”, referida a los embriones), y para ello intenta identificar a sus progenitores (que son los “dadores” de los gametos). Es decir que basta con recabar información tendiente a la identificación de los proveedores de gametos, ya que no surge del fallo que se intente recabar a través del censo información útil para regular la producción futura -homóloga o heteróloga- ni el almacenamiento de embriones. Por otra parte, tampoco puede deducirse de la sentencia el hecho de que el Tribunal esté a favor de una legislación permisiva amplia (terminología que explicaremos en el capítulo siguiente) de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, ya que el Cons. 10 sólo establece que el Tribunal considera oportuno dirigirse al ministro de Justicia de la Nación a fin de hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, **brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación artificial**. Dentro de las soluciones que pueden proponerse (permitir o prohibir las técnicas), consideramos, desde un punto de vista jurídico, como única solución posible su prohibición expresa. Y del reconocimiento que hace el Tribunal sobre la condición de persona y la dignidad de los embriones producidos extracorpóreamente, más bien nos inclinamos a pensar que **el Tribunal tiene una postura prohibitiva sobre la posibilidad -avalada por la legislación a sancionarse- de continuar utilizando estas técnicas para fabricar seres humanos**.

### 2.3.4.2.3. Objetivo del censo

Cabe preguntarse por el objetivo del censo decretado por el Tribunal. Pensamos que la individualización de los embriones tiene como fin primero la **tutela**<sup>631</sup> que toda vida humana merece desde el momento mismo en que se inicia. Esa “tutela” de los embriones crioconservados censados, ¿abarcaría la posibilidad de darlos en adopción, según el fallo analizado?

Algunos juristas sostienen que el censo es el **indispensable paso previo** a la implementación y control judicial de la adopción prenatal. Pero ello no surge del fallo. En efecto, del punto tercero del resuelto sólo puede afirmarse la autorización para la implantación de los embriones en el útero de la dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos<sup>632</sup>.

### 2.3.4.3. El incumplimiento del fallo

#### 2.3.4.3.1. Negativa de los Centros de fertilidad a cumplir el fallo

Las instituciones que crioconservan embriones se negaron a cumplir el fallo que analizamos, interponiendo sendos recursos judiciales<sup>633</sup>. Sin embargo, sólo eran terceros intimados por el Tri-

<sup>631</sup> Nos basamos para esta afirmación en el punto segundo del resuelto, que establece: “prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción o experimentación”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

<sup>632</sup> “Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del Juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento”. Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 03/12/99, en “El Derecho” 185-412.

<sup>633</sup> “Tres de ellas, en lo sustancial, interpusieron recursos de reposición y de apelación, y reservaron el caso federal (fs. 877, 896 y 903). Una S. A., por vía de su Presidente y Director Médico, condicionó la obediencia de la orden judicial a la previa

bunal a informar, careciendo de interés legítimo en autos, ya que la causa versa sobre la protección de embriones congelados, cuya representación no poseían<sup>634</sup>. El argumento del secreto profesional –en el que se ampararon-, tampoco es válido<sup>635</sup>. Si los embriones son o no personas, puede debatirse en los ámbitos académicos, pero no en un expediente, cuyo fallo firme dice, en forma contundente, que lo son. De modo que no hay dadores, sino **padres** de personas cuyo derecho a la identidad no puede vulnerarse (es necesario poder individualizarlos, para defenderlos). La existencia de un compromiso de secreto entre los progenitores y los criopreservadores no genera un interés legítimo que habilite a éstos a presentarse en juicio y formular peticiones. Tal extremo se daría si el cumplimiento del fallo los hiciera incurrir en responsabilidad frente a los padres. Pero no es el caso: ninguna de las empresas requeridas podrá ser demandada<sup>636</sup> por cumplir el fallo. La exigen-

obtención de la conformidad de los “dadores” [sic] de los gametos (fs. 905). Un importante nosocomio privado se limitó a manifestar que “a la fecha” del dictado de la sentencia de Cámara (1999), “no existía en este Hospital ningún embrión no implantado ni ovocitos pronucleados” (fs. 906). Otra sociedad anónima solicitó una prórroga para cumplir con lo ordenado, pero interpuso apelación y reservó el caso federal (fs. 926). Y una S. R. L., además de formular peticiones semejantes, fue la única que objetó mi designación en sí”. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados, en “La Ley”, 16/09/05.

<sup>634</sup> No son sus padres ni tutores, tampoco sus dueños, ni depositarios, porque los embriones no son cosas, sino, según el fallo, personas. Su representación la tienen los padres, que no se presentaron en el expediente, y en forma concurrente el Ministerio Pupilar. Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados... ibidem.

<sup>635</sup> Enseñaba BIDART CAMPOS: “no hay conductas autorreferentes inocuas que queden inmunizadas por la privacidad, porque desde que se entremezcla la vida en gestación del *nasciturus* aparece el tercero con sus derechos, que no están a disponibilidad de sus padres, ni del Estado, ni de nadie. Allí no vale invocar la privacidad”. BIDART CAMPOS, Germán, La tutela médica del estado providente y la privacidad matrimonial, en “El Derecho” 145-441. Cit. por RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados... ibidem.

<sup>636</sup> A estas consideraciones de RABINOVICH agregamos otro argumento, que desarrollaremos más adelante: al resultar el contrato nulo por ser de objeto ilícito, ninguna acción resarcitoria puede derivarse de él, ya que quien asumiría el rol de la actora –los padres- no podría alegar desconocer los graves y manifiestos vicios que afectaban al contrato suscripto con la demandada –las empresas que realizan las técnicas-. Reiteramos que no corresponde reconocer derecho a indemnización por un contrato

cia judicial es una excepción al deber de preservar el secreto de los datos personales. Se incluya esta causal de excepción en los convenios o no, está implícita siempre, pues **es de orden público**<sup>637</sup>.

### 2.3.4.3.2. Tutor especial o *curator embrionis*

Ante esta negativa de los Centros de fertilidad en cumplir el fallo, el Juez de primera instancia en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Miguel Ricardo GÜIRALDES, a pedido del Defensor de Menores, nombró en autos un “tutor especial” para todos los embriones congelados y “ovocitos pronucleados” existentes en su jurisdicción, recayendo la designación en el Dr. RABINOVICH<sup>638</sup>.

nulo de nulidad absoluta que vinculó a las partes.

<sup>637</sup> Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados... ibidem.

<sup>638</sup> Así lo relata el designado: “las instituciones que practican criopreservación (todas ellas sociedades comerciales con fines de lucro) se negaron a cumplir lo ordenado (por el Tribunal en los autos que comentamos), aduciendo diversas razones... Ante tal estado de cosas, el Defensor de Menores solicitó a la Cámara la designación de un tutor especial que representase a todos los embriones y ovocitos pronucleados criopreservados de Buenos Aires, que son la inmensa mayoría de los existentes en el país. La idea fue que obrase como apoyo del ministerio pupilar para que se cumpliera el fallo. La petición fue objetada por algunas de las empresas que practican criopreservación, pero al fin, en noviembre de 2004 se le hizo lugar. Fui designado tutor, y enseguida pedí que se intimase a los institutos para que respondiesen al censo, bajo apercibimiento de ser denunciados por el delito de desobediencia, e imponérseles multa. Sin embargo ninguna de las firmas cumplió. Algunas interpusieron recursos de apelación, reservando el caso federal. Otra condicionó la obediencia a la previa obtención de la conformidad de los “dadores” de los gametos. Y hasta hubo la que, además de formular peticiones semejantes, objetó mi designación en sí. Frente a tales planteos, aduje que las sociedades intimadas, como terceros a la causa, carecían del derecho de formular esas peticiones o recursos, por no tener interés legítimo. Empero, las presentaciones de marras (todas ellas separadas, porque las instituciones se manejan cada una por su cuenta) generaron complicaciones interminables en el expediente, y el mismo volvió a quedar empantanado. Intenté llegar a una solución conciliada, y a tal efecto convoqué a las entidades a tres reuniones sucesivas. La primera de ellas tuvo lugar en el Decanato de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, por gentileza del Dr. Atilio ALTERINI, en la idea de que se tratase de un lugar prestigioso y neutral. Para las dos restantes, acepté el auditorio de uno de los institutos de fecundación asistida. En esos encuentros, ofrecí una alternativa muy flexible para el cumplimiento del censo: su respuesta por medio de un código alfanumérico, sin identificación de los padres de los embriones. Mas no fue aceptada. En realidad, los abogados asesores se oponían a cualquier acuerdo,

Sostenemos que la designación del Dr. RABINOVICH no se trató, propiamente, de una tutela<sup>639</sup> dativa<sup>640</sup>, ya que los embriones tienen padres, quienes no han dimitido de la tutela ni han sido removidos de ella. Se trataría más bien de una tutela especial, contemplada en el art. 397 C.C., en el que se establecen ocho supuestos de procedencia del nombramiento. El caso bajo análisis encuadra en el inc. 1º, es decir, el caso del menor cuyos intereses estén en oposición con los de sus padres<sup>641</sup>, y por tanto se los debe-

por considerar que implicaría reconocer mi designación como tutor, de donde podría deducirse una aceptación del carácter de personas de los embriones y ovocitos pronucleados. La tentativa fracasó”. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso a la luz de la cura ventris, en <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Ricardo%20D.%20Rabinovich-Berkman.doc>.

<sup>639</sup> El Código Civil contempla la tutela **en general** en el art. 377: es “el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. El sentido de este artículo y de los siguientes es proteger a los menores, carentes de capacidad de hecho y por tanto necesitados de quien los represente en el ejercicio de sus derechos.

<sup>640</sup> El Código Civil establece la tutela dativa en el Capítulo IV, De la tutela dativa, art. 392: “Los jueces darán tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal, o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos de ella”.

<sup>641</sup> Recuerda la Dra. María Eleonora CANO que “la protección de los incapaces, reconoce en nuestra legislación un sistema de representación doble, en virtud del cual los incapaces, además de sus representantes necesarios, “son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores que será parte legítima y esencial en todo asunto... en que se trate de las personas o bienes de ellos...” (art. 59 Cód. Civil)”. Luego se pregunta si existen en el caso bajo análisis intereses contrapuestos con sus progenitores y si esta circunstancia amerita el nombramiento de un tutor especial, a lo cual responde que procede, pues el Estado debe intervenir como garante de los derechos de la persona por nacer. Fundamenta su afirmación en que tal es el objetivo de la legislación de fondo emanada de nuestras leyes civiles, que tienen una clara finalidad tuitiva expresada en las normas concernientes a la representación promiscua de los menores e incapaces por parte del Ministerio público y la salvaguarda de los derechos plasmados en las instituciones de la patria potestad, tutela y curatela. En consonancia, los diversos tratados internacionales son claros –afirma- a la hora de plantear como compromiso ineludible de los Estados parte, la efectiva defensa de los derechos humanos. En cuanto a la acción concreta proyectada en la designación de un tutor especial que represente y vele por los derechos del ser concebido y congelado, señala que, **atento la falta de legislación al respecto**, y ante la evidencia de

rá proveer de un tutor especial. Dicha tutela especial será ejercida bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores (art. 381 C.C.<sup>642</sup>).

El Dr. RABINOVICH<sup>643</sup> afirma que la tutela fue pensada, en el

encontrarnos frente a una vida humana que, en su condición de tal es receptada jurídicamente como persona, el estado –mediante el órgano jurisdiccional- debe proveer las medidas tendientes a la protección de la aquella (Cfr. CANO, María E., Tutor Especial a los embriones congelados, en “Aequitas virtual”, <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrouno/AEQUITAS%20VIRTUAL%20%20Curador%20a%20los%20embriones%20congelados.pdf>). Si bien en líneas generales concordamos con las consideraciones de la Dra. CANO, pensamos que la legislación argentina existente sobre la tutela especial es plenamente aplicable al caso, ya que los embriones son menores –nuestro derecho considera niño a toda persona desde su concepción- cuyos intereses están en oposición con los de sus padres –ya que éstos han decidido su congelamiento, lo cual vulnera su dignidad y pone en grave riesgo su vida-. Es decir que sí existe legislación al respecto: basta con leer armónicamente los artículos del mismo Código Civil –y de la Constitución Nacional- referidos al comienzo de la existencia de la persona humana. Por ello consideramos superflua una legislación específica respecto de los tutores especiales de embriones crioconservados. Éstos son –para nuestro derecho positivo- y deben ser tratados como personas, y recibir la protección jurídica que el derecho argentino les otorga, sin que puedan hacerse distinciones basadas en su condición de no nacido o de concebido fuera del útero materno, ya que la legislación argentina no las hace sino que más bien prohíbe toda discriminación arbitraria respecto de las personas. Concordamos en este punto con el Dr. Eduardo QUINTANA, quien, comentando el mismo caso que nos ocupa, sostiene: “si bien no hay una norma expresa que ordene la intervención del Ministerio Público, las normas actualmente vigentes son abarcativas del caso, ya que se trata de proteger a seres humanos cuyos derechos están expuestos a serios peligros” (QUINTANA, Eduardo M., Control Judicial... ibídem). Esta consideración que hacemos respecto de la existencia de previsiones suficientes en nuestra legislación sobre el tutor especial, aplicables al caso de los embriones crioconservados, no se contradice con lo que intentamos demostrar en esta obra: la necesidad de prohibir expresamente en el ámbito civil las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Respecto de estas últimas, también existen previsiones normativas suficientes para resolver los casos que puedan plantearse. Pero dado el oscurecimiento de las conciencias y el trabajo constante de quienes integran el *lobby* argentino anti-vida -entre otras razones- consideramos prudente su prohibición expresa. No consideramos que la legislación positiva deba prever **todas** las situaciones que puedan originarse a partir del empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea (v.gr. la institución de la tutela especial referida a los embriones concebidos extracorpóreamente). Basta con prohibir expresamente las técnicas, por las razones antes expuestas y las que desarrollaremos en el capítulo siguiente.

<sup>642</sup> Por otra parte, el art. 66, inc. 3 del Código Civil establece como una de las funciones del Ministerio Pupilar “denunciar la existencia de una persona por nacer”.

<sup>643</sup> Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congela-

caso analizado, sólo desde una óptica “privada”. Es decir, que se consideró al tutor únicamente como un representante legal de los concebidos congelados, pero en ningún momento se encaró su función como de interés público. Funda el abogado su afirmación que no se tuvo en cuenta el carácter **público** del interés involucrado en esta especial tutela -relacionada con la *cura ventris* romana<sup>644</sup>-, por no haberse previsto a favor del tutor especial: provisión de infraestructura para la labor a desempeñar, sumas de dinero para cubrir al menos los gastos de su gestión, facultades directas para obrar (en todo debió obrar sólo por intermedio de peticiones al tribunal, sometidas al debate con todas las instituciones involucradas, de lo que resultó el ya referido embrollo procesal, que llevó sus tareas a punto muerto), entre otras. Es posible pensar que, con lo limitado de sus facultades y recursos, no estuviera realmente en condiciones de defender la vida y salud de los concebidos en cuestión, que se encontraban en poder de las empresas requeridas, a cuyas instalaciones ni siquiera tenía el tutor la potestad de ingresar.

RABINOVICH<sup>645</sup> afirma que tampoco estuvo clara la relación de su cometido con la “*spes nascendi*” de los embriones y “ovocitos pronucleados” criopreservados, lo cual confirma nuestra postura

dos en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso... *ibidem*.

<sup>644</sup> El Dr. RABINOVICH sigue a la profesora romana Maria Pia BACCARI (Cfr. BACCARI, Maria P., *Curator ventris tra storia e attualità*, en “Annali 2001”, (Torino, 2001), LUMSA, Giappichelli. Cit. por RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso... ibidem*.) quien define la *cura ventris* romana como un “instrumento del ejercicio de los derechos del *qui in utero est* y al mismo tiempo como instrumento de tutela de un interés público”. Fundamentalmente, **el interés público que ampararía el *curator ventris*, sería el crecimiento de la *civitas*, en el sentido de la incorporación de nuevos ciudadanos** (no sólo por nacimiento), preocupación que se encuentra plasmada en varios textos recopilados en el Digesto, y que es obvia (y acuciante) por lo menos desde tiempos de Augusto, y permanece en Justiniano. Ulpiano llega más lejos, al decir que el parto “no nace sólo para el padre, de quien se dice que es, sino verdaderamente también para la república” (los resaltados son nuestros). Esta concepción del derecho romano que **vincula la vida del *nasciturus* con el interés público** concuerda con lo que hemos desarrollado en el acápite “2.5. Hombre, animal social y político” del capítulo III.

<sup>645</sup> Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso... ibidem*.

acerca de que tanto el fallo de 1999 como el de 2004 mencionados no adoptan expresamente como solución del caso la adopción prenatal. En realidad, el tutor fue restringido de hecho a la mera tarea de tratar de que se cumpliera con el censo ordenado por la Cámara de Apelaciones. Pero finalmente y a causa de innumerables inconvenientes<sup>646</sup>, el Dr. RABINOVICH renunció en junio de 2006 al cargo de tutor. Posteriormente se logró que siete centros de fecundación artificial informasen los datos solicitados por el Juzgado<sup>647</sup>.

<sup>646</sup> A lo largo de esos meses el tutor, carente de infraestructura y recursos, debió lidiar -tal como él mismo narra- con una docena de estudios jurídicos de primerísimo nivel, contratados por sociedades comerciales florecientes, de insigne patrimonio, que además colocan publicidad en medios de difusión masiva, o poseen sus propios programas de televisión. No se le asignó ninguna remuneración que compensase su dedicación temporal. Ni siquiera una suma para subvenir a los gastos en que incurriera. Hasta para obtener fotocopias del expediente debía pedir permiso por escrito al juzgado. Se le impuso notificar por cédula remitida a cada una de las partes, a diferencia de lo que sucede con el ministerio pupilar, y se le exigió concurrir a notificarse en el tribunal. En tales condiciones, presentó su renuncia en junio de 2006. Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso a la luz de la *cura ventris**, en <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Ricardo%20D.%20Rabinovich-Berkman.doc>.

<sup>647</sup> “Cumpliendo un acuerdo que firmaron en diciembre del año 2006, siete centros de fertilización que funcionan en la Ciudad de Buenos Aires presentaron ante la Justicia **el número exacto de embriones congelados** que tienen actualmente en su poder. En los próximos días, el Juez Miguel GÜIRALDES, a cargo de la causa, deberá designar los expertos que se encargarán de **verificar esos datos** y realizar un control permanente, lo que hasta ahora no existía. Los centros cumplieron con lo que se habían comprometido”, dijo Liliana BLANCO, presidenta de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), al ser consultada por Clarín.com. Cada uno presentó ante el juzgado un escrito con tres datos relevantes: el número de embriones congelados al 13 de diciembre de 2006 (fecha en que se firmó el acuerdo), la cifra actualizada al 1 de junio, y **cuántos fueron transferidos durante ese periodo**. Los centros que lo hicieron son Fecunditas, Fertilab, CEGYR (Fertimed), Halitus, el Hospital Italiano, Ifer y Procreate”. **No aclara el artículo periodístico si esas transferencias realizadas pertenecen a los casos que no requieren -según la sentencia del Tribunal- de autorización judicial previa**. El matutino continúa informando: “Según varias consultas con directores médicos de los laboratorios, en la Ciudad de Buenos Aires hay alrededor de **12 mil embriones congelados**. A ello hay que agregarle los otros centros que funcionan en Capital (en total, los reconocidos por SAMER son 11). Aunque es obvio, una de las fuentes resaltó que **“el número (de embriones congelados) es dinámico**, cambia todos los días. Y destacó que “no se corresponde con los de adultos involucrados”, ya que en general **se guardan más de cinco embriones por**



#### 2.3.4.4. Legitimación activa

Si bien no constituye el objeto de esta obra, destacamos que la relevancia y trascendencia de los derechos en cuestión tornaron posible permitir en el caso bajo análisis la legitimación activa de un particular ajeno a las prácticas médicas desarrolladas sobre los embriones, admitiéndolo como un interesado difuso.

#### 2.3.4.5. Respuesta legislativa

En el punto 7 del resuelvo, la Cámara ordena “hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordantes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida”.

Consideramos que “hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación” es comunicar la **opinión** del Tribunal al poder cuya función primordial es legislar. Pero la decisión prudencial sobre legislar o no corresponde a éste, y no puede exigírsele “jurídicamente”. En efecto, puede legislarse sobre la materia o no. De hecho, el presente caso pudo resolverse sin una legislación específica que lo enmarcase. El hecho de que no se legisle expresamente

**pareja.** Está previsto que la cifra de embriones siga creciendo. Es un proceso que se da en todas partes del mundo: **no se transfieren todos los embriones que se congelan**”, explica Sergio PASQUALINI, director de Halitus, al tiempo que aclara que en su centro el proceso se realiza “**en forma selectiva**” (se congelan los mejores). De cualquier manera, parece necesario algún tipo de control, más aún en nuestro país, donde no hay una ley específica sobre el tema. Los expertos no reniegan de los registros, pero relativizan la importancia del censo que, de ahora en más, **deberá repetirse** cada seis meses. “No cambia mucho porque **todos trabajan éticamente**”, opinó BLASCO. Por las dudas, en los próximos días, la Justicia designará **un grupo de expertos**, quienes funcionarán como “veedores” de los datos. “Acabamos de recibir una nota del Juez (GÚIRALDES) para que le aportemos un listado con algunos nombres”, indicó la actual titular del SAMER en diálogo con Clarín.com. El proceso es seguido de cerca por una defensora de menores. La funcionaria está a cargo del seguimiento y del control del convenio firmado por los laboratorios” (los resaltados son nuestros. PIZZI, Nicolás, Embriones congelados: por primera vez se realizó un censo y se comprobó que en Capital hay más de 12.000, “Diario Clarín”, 11/07/07, en <http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm>)

no afecta la antijuridicidad de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, ya que el legislador no puede ni debe legislar sobre todas las situaciones que puedan suscitarse en la sociedad y, por otra parte, un sano realismo muestra que la ley nunca es completa, perfecta y única fuente de derecho<sup>648</sup>. El Juez, explica el Dr. QUINTANA<sup>649</sup> comentando este caso, una vez considerada la denuncia bajo su jurisdicción y competencia, no dejó de juzgar “bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”; por el contrario atendió “a los principios de leyes análogas y eventualmente los principios generales del derecho considerando las circunstancias del caso” (arts. 15 y 16 C.C.). Así, la sentencia que comentamos se ha limitado a integrar las normas civiles y constitucionales, y con ello ha bastado para reconocer el derecho a la vida de los embriones y tutelarlos adecuadamente.

En caso de que se dicte la legislación que el resuelvo en el punto 7 considera de “imperiosa necesidad”, la misma deberá ser conforme con las normas constitucionales vigentes –al decir del mismo Tribunal–, y por tanto esta respuesta legislativa no puede ser otra que la prohibición de la utilización de las técnicas en Argentina. Esto surge también de una lectura atenta del fallo de primera y segunda instancia.

Si bien el Juez de primera instancia yerra al decidir sobre situaciones futuras<sup>650</sup>, da a entender que no toda técnica es jurídica-

<sup>648</sup> “Las leyes... no pueden prever puntualmente todos los casos que la realidad, mucho más rica que la más calenturienta imaginación, suscita ante el juez; de manera que, también, en el sistema de la legalidad, toda ley deja al juez un cierto margen de discrecionalidad dentro del cual él, mediante la interpretación y la aplicación, viene a ser, aún sin darse cuenta de ello, siempre que se mantenga dentro de aquellos márgenes, creador de derecho”. CALAMANDREI, Pietro, Derecho Procesal Civil, (Buenos Aires, 1962). Edit. EJE. T. III, pág. 234. Cit. por QUINTANA, Eduardo M., Control Judicial... ibidem.

<sup>649</sup> QUINTANA, Eduardo M., Control Judicial... ibidem.

<sup>650</sup> La Dra. ARIAS DE RONCHIETTO sostiene, refiriéndose a los Centros que realizan las técnicas de fecundación artificial, que “La remanida advertencia sobre la pretensión legislativa de la sentencia en primera instancia, resuelta por la Cámara, es obvia “estrategia procedimental” para hacer tiempo hasta el momento ¿político? más favorable a los ingentes intereses creados atentos para presionar y lograr la sanción de una ley de aplicación de las técnicas de reproducción humana artificial acomodada a sus ambiciones”. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., Trascendente fallo...

mente admisible –por eso debe ser puesta a **consideración** de un Juez para su **aprobación**-, y que interesa a la sociedad en su conjunto cómo son concebidas las personas que la integrarán. Esto se aprecia cuando establece que, hasta tanto se dicte legislación específica, “toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades..., sea puesta a consideración del Juez en lo civil, para que, mediante su intervención, se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman...”.

## 2.4. R., N.F. - O.N. c/ **Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo**<sup>651</sup>

### 2.4.1. Introducción

Celebramos en estos párrafos el dictado del primer fallo en el fuero federal que rechaza la cobertura por parte de una obra social de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Y lo celebramos doblemente, porque además del resuelvo -único, a nuestro juicio, que podría dictarse en el caso, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en Argentina-, sus considerandos abordan cuestiones *prima facie* innecesarias -por las razones que exponemos en el acápite siguiente- para fundamentar aquel, pero muy valiosas y valientes.

### 2.4.2. El caso analizado: hechos y *holding*

Un matrimonio interpone acción de amparo ante el Juzgado Federal N° 1 de Salta a fin de que se le otorgue “amplia, completa e integral” cobertura médica asistencial y farmacológica para la o las técnicas de fecundación artificial que los médicos tratantes consideren eficaces para lograr un embarazo, obstaculizado por la endometriosis avanzada que padece la esposa.

El Juez Federal de Primera Instancia rechaza la acción por con-

ibidem.

<sup>651</sup> CÁMARA FEDERAL DE SALTA, *in re* R., N.F. - O.N. c/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN s/ AMPARO (Expte N° 222/09), 03/09/2010.

siderar que el amparo no es la vía idónea para tramitar esta cuestión. Apelada la sentencia, la Excma. CÁMARA FEDERAL DE SALTA por unanimidad rechaza la apelación interpuesta. Dado que el recurso de apelación es deducido tan sólo por el esposo, en tanto la esposa consiente el fallo del *a quo*, a su respecto la sentencia quedó firme. Y toda vez que es ella la receptora de la medida que se solicitaba, pronunciarse devino inoficioso.

### 2.4.3. Los *Obiter dicta*

El argumento sintetizado en el punto anterior hubiese bastado para fundar el rechazo del recurso de apelación interpuesto. “Sin perjuicio de ello y en atención a la índole de los derechos invocados” (cfr. Cons. V. 1. Voto Dr. RABBI BALDI), a saber: el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la vida y a la salud de los embriones, el Tribunal analizó exhaustiva y ejemplarmente los restantes aspectos formales y sustanciales planteados en el caso. Sintetizamos algunos para detenernos en el cuarto:

#### 2.4.3.1. Imprecisión del objeto de la demanda<sup>652</sup> y deficiencia probatoria<sup>653</sup>

<sup>652</sup> “La actora no refiere ni, menos aún, detalla la técnica a emplear... Esa falta de fundamentación autónoma de un aspecto nuclear de la demanda sella la suerte adversa del recurso, sin perjuicio de enfatizar que la sola existencia de tales datos no garantiza, per se, la autorización de la medida si ésta, como se anticipó, no se exhibe cabalmente respetuosa de todos los derechos en juego” (cfr. Cons. V. 3.c.1. del voto del Dr. RABBI BALDI). “Cuando se recurre a la Jurisdicción para solicitar un pronunciamiento que ordene a una obra social a la cobertura de un proceso de fertilización asistida, no puede el interesado limitarse a formular tal pedido en forma genérica, sino que debe precisar el procedimiento de fertilización cuya aplicación pretende... Ello impide que pueda acogerse la demanda deducida, porque... no puede ordenarse en forma genérica a la Obra Social demandada a cubrir un tratamiento de fertilización in vitro cuyas características ni consecuencias no se han explicitado” (cfr. Cons. 6 voto Dr. LOUTAYF RANEA).

<sup>653</sup> “El presente caso se caracteriza por la falta de aporte de material de conocimiento sobre un tema tan delicado como el planteado en autos; no sólo en lo vinculado a las distintas facetas que presenta la cuestión de la fertilización in vitro, sino también sobre la afirmación de la actora de que el embarazo es uno de los métodos más eficaces recomendado por los especialistas para controlar, y en algunos casos erradicar, la enfermedad que padece (fs. 16 vta.) sobre lo que no existe en la causa ninguna prueba”

### 2.4.3.2. Inadmisibilidad del amparo como vía procesal idónea

Por falta de manifiesta ilegalidad de la conducta de la Obra Social demandada, dado que ninguna norma le impone la cobertura de las técnicas<sup>654</sup>.

### 2.4.3.3. Inexistencia de obligación a cargo de la demandada

El carácter experimental de las técnicas también excluye la obligatoriedad de cobertura por parte de la demandada<sup>655</sup>.

### 2.4.3.4. Conflicto de derechos *versus* armonización de intereses

El voto del Dr. RABBI BALDI parte de la postura jurisprudencial de la Corte Suprema, que reconoce que “la adecuada interpretación de los derechos constitucionales es aquella que concilia armónicamente los derechos que se dan cita en cada caso”<sup>656</sup>. En esa conciliación de derechos -que es en realidad una “armoniza-

(cfr. Cons. 2 voto Dr. LOUTAYF RANEA); “existe orfandad probatoria... Ello impide que pueda acogerse la demanda deducida” (cfr. Cons. 6 del mismo voto). “La prueba incorporada a la causa no satisface las exigencias del ordenamiento jurídico nacional en punto a los derechos en juego” (cfr. Cons. V. 3.c.4. del voto del Dr. RABBI BALDI).

<sup>654</sup> En efecto, la resolución N° 817/03 de la Obra Social, cuya constitucionalidad los actores no cuestionaron, expresamente veda de cobertura a las técnicas de fecundación artificial. Por otra parte, el art. 4 de la Ley N° 23.890 exceptúa a las Obras Sociales del Poder Judicial de las disposiciones de la ley de obras sociales, y por ende les es inaplicable -en principio- el Plan Médico Obligatorio.

<sup>655</sup> Las técnicas están sujetas “a numerosos cuestionamientos... basados en razones de carácter científico; moral; filosófico y jurídico”; el desarrollo actual de la ciencia “aún no permite delimitar acabadamente las consecuencias posibles que estos tratamientos acarrearán. Y es desde esa perspectiva que bien podría calificarse a estos últimos como experimentales”, calificación que -al decir de la Corte Suprema *in re* Buñes, Valeria Elisabet c/Obra Social Unión Personal y otro, 17/05/10- no encuentra norma constitucional o infraconstitucional que imponga su cobertura (cfr. Cons. V. 2.B. del voto del Dr. RABBI BALDI).

<sup>656</sup> Cfr. Fallos 312:2382; 318:1894, citados en la sentencia aquí analizada.

ción de intereses”<sup>657</sup>-, sostiene el Camarista que debe resguardarse su “contenido esencial” (o “*Wessensgehalt*”, expresión que toma de la *Grundgesetz* alemana en su art. 19 inc. 2)<sup>658</sup>.

Habiendo admitido el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la vida y a la salud de los embriones a producir mediante las técnicas de fecundación artificial cuya cobertura se solicita, considera el Dr. RABBI BALDI que la tarea del Tribunal tiene por objeto dilucidar si aquellas garantizan los “contenidos esenciales” de todos los bienes jurídicos, ya que si ello no ocurre, la acción no resulta procedente.

Analizando luego los riesgos para la vida, salud y la cosificación de los embriones, que subyace a las técnicas cuya cobertura se solicita (cfr. Cons. V. 3.c2-4), concluye que “resulta incuestionable... que una legislación (y, con mayor razón, una sentencia) no puede desconsiderar o, directamente silenciar aspectos sustanciales de la materia bajo estudio, a saber, el estatuto del embrión y del ovocito pronucleado, de donde, inexorablemente, la resolución de la causa no pasa por el aislado reconocimiento del derecho a la salud y, por extensión, a la constitución de un núcleo familiar y/o por el análisis de las consecuencias económicas del sistema, sino por la armónica admisión y efectivización “en la mayor medida de lo posible” de todos los derechos involucrados”<sup>659</sup>. “Así las cosas, ante el inexorable deber de decidir, se considera... que el modo -fecundación in vitro- como los actores solicitan que sea garantizado su derecho a la salud y a la maternidad no debe recibir favorable acogimiento”<sup>660</sup>.

Se enrola de este modo el Dr. RABBI BALDI en una postura realista de armonización de intereses de las partes, opuesta a la postura del conflictivismo, que “consiste en un modo de razonar

<sup>657</sup> El conflicto se da en el plano de las pretensiones de los sujetos que acuden a la tutela jurisdiccional, pero no entre derechos.

<sup>658</sup> Cfr. Cons. V. 3.b3. voto Dr. RABBI BALDI. Para profundizar los límites de los derechos fundamentales en el derecho alemán, ver el Capítulo IV de CIANCIARDO, Juan, El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo (Buenos Aires, 2007). Edit. Ad Hoc. Prólogo a cargo de Pedro SERNA.

<sup>659</sup> Cons. V. 3.c5. voto Dr. RABBI BALDI.

<sup>660</sup> Cons. VI voto Dr. RABBI BALDI.

que presenta ciertos casos relativos a derechos fundamentales... como conflictos entre esos derechos o entre derechos y bienes públicos, y no simplemente entre pretensiones de los litigantes...". Sostiene Pedro SERNA que "la inevitabilidad del conflicto es una consecuencia necesaria de pensar el derecho desde el individuo, y no desde la relación social"<sup>661</sup>. En efecto, el conflictivismo considera al derecho primordialmente como potestad subjetiva, y no como algo que está "en las cosas" (en las relaciones<sup>662</sup>). Por otra parte, "sin perjuicio del uso metonímico o analógico por el cual se designe con el término a la facultad subjetiva, ella no es propia y esencialmente derecho pues, precisamente, la facultad se posee a partir de que el sujeto es titular de ese derecho. Por lo tanto, aquello que es entitativamente "derecho" precede a la facultad subjetiva"<sup>663</sup>.

Precisamente esta base doctrinal de pensar el derecho desde la relación social ("la vida en sociedad conlleva la coexistencia de un entramado de derechos que exige armonizar sus pertinentes aplicaciones o ejercicio"<sup>664</sup>), le permite al Camarista arribar a una solución justa del caso, resguardando el "contenido esencial" de los derechos fundamentales de las personas por nacer involucradas.

#### 2.4.4. Algunas precisiones sobre el derecho a la salud

Los actores alegan como fundamento de su pretensión, su derecho a la salud, que -sostienen- debería ser garantizado por la autoridad pública mediante acciones positivas para que la amparista R. "logre un embarazo". Implícitamente afirman que el derecho a la salud les otorga el "derecho a un embarazo", es decir, a tener un hijo de modo artificial. Es decir que afirman también tener

<sup>661</sup> CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular...* *ibidem*. Prólogo a cargo de Pedro SERNA, pág. 23.25-26.

<sup>662</sup> El derecho es la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto -o acción- es ordenado a una persona o sociedad y por la que se torna suya propia.

<sup>663</sup> QUINTANA, Eduardo Martín, *El derecho a la vida*, en ED del 02/03/11, pág. 7.

<sup>664</sup> SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, (Buenos Aires, 2000). Edit. La Ley, pág. 39. Cit. en Cons. V. 3.b3.

un "derecho al hijo"<sup>665</sup>, cosificándolo, tal como explicaremos en el punto siguiente.

Expresiones tales como "derecho a la salud reproductiva", "derecho a procrear", "derecho al hijo", "derecho a disfrutar del progreso científico", son harto frecuentes en los fallos que abordan los planteos de pedido de cobertura de las técnicas de fecundación artificial. Cabe aclarar que la "salud reproductiva" está contemplada en 36 normas infraconstitucionales argentinas<sup>666</sup>. Esas expresiones evidencian un **nuevo paradigma de la salud**<sup>667</sup>, que subordina los derechos individuales a los derechos económicos y sociales, y privilegia el llamado "derecho al desarrollo de las sociedades", de modo que el derecho a la vida del ser humano queda condicionado a su **utilidad social**<sup>668</sup>. En efecto, las técnicas cuya cobertura se pide a la obra social demandada, fundadas en el "derecho a la salud" de los actores, están íntimamente ligadas al concepto de utilidad social sostenido por este paradigma, que conlleva la "selección embrionaria", el "descarte de embriones", la existencia de "embriones sobrantes", "embriones inviábiles" (léase: enfermos). Sólo se permitirá nacer a los más aptos, a los que puedan llevar "una vida social y económicamente productiva"<sup>669</sup>.

<sup>665</sup> Hemos explicado que no existe un "derecho al hijo" ya que éste no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad. Tampoco existe el "derecho a procrear" sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que tienen por fin la procreación.

<sup>666</sup> Datos obtenidos de Infoleg (www.infoleg.gov.ar). Con la palabra "reproductiva" se hallaron **103** normas de distinto rango (leyes, resoluciones ministeriales, etc) al 09/09/2011 (0 hs). Depurando las normas de las referencias a la reproducción animal y otras referencias irrelevantes para esta investigación, serían **36** las normas infraconstitucionales argentinas que emplean la terminología "salud reproductiva".

<sup>667</sup> Cfr. SANAHUJA, Juan C., *El desarrollo sustentable: la nueva ética internacional*, (Buenos Aires, 2003). Edit. Vórtice. Pág. 57 ss.

<sup>668</sup> Este nuevo paradigma se plasmó en la Conferencia de la Organización Mundial de la Salud de Alma-Ata, que se llevó a cabo del 6 al 12 de septiembre de 1978, donde se decidió "que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva". Cfr. SANAHUJA, Juan C., *El desarrollo sustentable...* *ibidem*, pág. 45 ss.

<sup>669</sup> Por si cabe alguna duda, citamos a Joseph FLETCHER, uno de los "padres" de la fecundación extracorpórea, que en 1974 publicó el libro *Ética del control genético*, en el que escribe: "tenemos la **obligación moral** de controlar la **calidad y la cantidad**

Este nuevo paradigma de la salud -que reinterpreta el derecho a la salud- es el que permite a los actores alegar el supuesto “derecho al embarazo”, ya que éste no se encuentra consagrado en nuestra C.N. ni en ningún Tratado Internacional y es -desde un punto de vista del derecho natural- inexistente.

Hasta la reforma constitucional de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. El nuevo art. 42 de la C.N. dispone la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la “relación de consumo”, en sintonía con lo expuesto en el párrafo anterior. Los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por el mecanismo establecido en el art. 75 inc 22<sup>670</sup>, no contienen las

de los bebés que traemos al mundo” (el resaltado es nuestro). Cit. por SANAHUJA, Juan C., *El desarrollo sustentable... ibidem*, pág. 48.

<sup>670</sup> Cfr. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: Derecho a la *preservación* de la salud y al bienestar. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: derecho a un nivel de vida adecuado que le *asegure*, así como a su familia, la salud y el bienestar. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA: La “salud” y “salud pública” (no se habla de derecho a la salud) aparece como límite a: Libertad de Conciencia y de Religión; Libertad de Pensamiento y de Expresión; Derecho de Reunión; Libertad de Asociación; Derecho de Circulación y de Residencia. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al **disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y PROTOCOLO FACULTATIVO: concibe la salud pública como límite a ciertos derechos: asociarse libremente, libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, derecho de reunión pacífica, circular libremente en un Estado y residir en él. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO: No contiene el término “salud”. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL: los Estados partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona en el goce del derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: Los Estados Partes adop-

tarán todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el **acceso al material informativo** específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre **planificación de la familia**; el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la **salvaguardia de la función de reproducción**. PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN CEDAW: reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas. No menciona el término “salud”. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES: No menciona el término “salud”. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Reconoce la salud pública como límite al derecho de salir de cualquier país; a la libertad de expresión; a la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias; a libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga **acceso a información y material** procedentes de diversas fuentes nacionales e **internacionales**, en especial la información y el material que tengan por finalidad **promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental**. El art. 24 establece que: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al **disfrute del más alto nivel posible de salud** y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria **prenatal** y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de **planificación de la familia**. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para **abolir las prácticas tradicionales** que sean **perjudiciales** para la salud de los niños. El art. 25 dice que los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido **internado** en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su **salud física o mental** a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación. También establece la Convención: art. 32: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier **trabajo** que pueda ser peligroso o entorpecer su educación,

expresiones “salud reproductiva” y “derecho a procrear”.

Actualmente existe una campaña internacional de ONG’s que promueven la firma de una “Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos”, ya que no existe ningún documento vinculante que establezca los llamados “derechos sexuales y reproductivos”.

La reinterpretación del derecho a la salud se funda en la concepción que sostiene que “todos los derechos humanos deben ser construidos socialmente y por lo tanto son relativos y continuamente reinterpretados a medida que transcurre el tiempo”<sup>671</sup>. Durante la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos (1993), el entonces Secretario General de la ONU, Boutros GHALI, manifestó claramente que los derechos humanos “son por definición mudables. Con esto quiero decir que son al mismo tiempo expresión de mandatos inmutables y manifestación de un momento de la conciencia histórica”<sup>672</sup>. Esta interpretación del ex – Secretario General de Naciones Unidas pasó a ser doctrina oficial del Organismo y comenzó a infiltrarse en la legislación y jurisprudencia de las naciones. En una reunión que se llevó a cabo en San José de Costa Rica del 14 al 16 de mayo de 2002, los Ombudsmen de América Latina, con ocasión del Seminario-Taller denominado La Promoción y EO Protección de los Derechos Reproductivos a través del Trabajo de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (Seminario-Taller convocado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

o que sea **nocivo para su salud** o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; art. 39: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para **promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social** de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: contiene una vez la expresión “estado de salud”. CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: No utiliza el término “salud”.

<sup>671</sup> Cfr. Derechos humanos e ideología radical de género. Habla el abogado Jorge Scala, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS05090701, 07/09/05, www.zenit.org.

<sup>672</sup> Cfr. Derechos humanos e ideología radical de género... ibidem.

(OACDH), el Fondo de Población de Naciones Unidas (FNUAP), y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), utilizaron como documento de trabajo Promoción y protección de los derechos reproductivos a través de las instituciones nacionales de derechos humanos, de Alda FACIO<sup>673</sup>. La autora menciona “doce derechos que hoy en día conforman los derechos reproductivos”, aunque se ve obligada a reconocer que “estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos”. El primero de ellos es el derecho a la vida, que interpreta exclusivamente como una suerte de derecho a no morir que tendría toda mujer que quiere abortar. El segundo sería el **derecho a la salud**, con esta curiosa interpretación, falaz y tautológica: “Si el derecho a la salud reproductiva es parte del derecho a la salud, es obvio entonces que el derecho a la salud reproductiva está garantizado por varios tratados internacionales, como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la CEDAW...”<sup>674</sup>. El cuarto derecho que menciona la autora es el **supuesto derecho a “elegir el número e intervalo de los hijos”**<sup>675</sup>. Finalmente, se mencionan los supuestos derechos “a la información adecuada y oportuna”, a “modificar

<sup>673</sup> Cfr. FACIO, Alda, Asegurando el Futuro, pro manuscripto. Cit. por SCALA, Jorge, Lobbystas de los Derechos Humanos en clave de género, en “Revista Arbil”, N° 81, en <http://adopcionesespirituales.blogspot.com/2008/06/lobbystas-de-los-derechos-humanos-en.html>

<sup>674</sup> FACIO, Alda, Asegurando el Futuro, pro manuscripto. Capítulo II, punto B, 2. Cit. por SCALA, Jorge, Lobbystas de los Derechos Humanos... ibidem.

<sup>675</sup> La mención de este imaginado derecho implica el desconocimiento total de la naturaleza humana, y de qué son los derechos. En efecto: en la generación de un ser humano intervienen un componente masculino, otro femenino y, el más importante, un **alea** -que incluye elementos biológicos en parte conocidos, pero en parte misteriosos-. Como consecuencia de este último elemento, nadie puede asegurar que va a tener los hijos que quiera, ni que los tendrá cuando los desee. En cuanto al derecho, una de sus características esenciales es la coactividad, es decir la facultad de exigir a todos o algunos terceros, determinada conducta o, al menos, la reparación pecuniaria de los daños provocados por el incumplimiento. Ahora bien, si alguien tuviera el imaginado “derecho”, a elegir el número y espaciamiento de los hijos, debería tener poder de coacción, para obligar a algún tercero a tener relaciones sexuales con el supuesto titular de ese “derecho”. Y esto es improponible; ergo, el número y espaciamiento de los hijos puede ser: a) un deseo -legítimo- o b) un capricho -ilegítimo-, pero jamás un derecho (Cfr. SCALA, Jorge, Lobbystas de los Derechos Humanos... ibidem.).

las costumbres discriminatorias contra la mujer”, y “a disfrutar del progreso científico”. La “combinación” del derecho a “elegir el número e intervalo de los hijos” con el derecho “a disfrutar del progreso científico”, lleva a sostener -erróneamente- la existencia de un “derecho a procrear mediante las técnicas de fecundación artificial extracorpórea”, a costa de muchas vidas humanas (cfr. estadísticas citadas por el Dr. RABBI BALDI en Cons. V. 3.c2-4).

Esta reinterpretación de los derechos humanos<sup>676</sup>, basada en el concepto de derecho subjetivo y desvinculada de la consideración de la realidad social (el “pensar el derecho desde el individuo”, al decir de Pedro SERNA<sup>677</sup>), conduce a violaciones flagrantes de los derechos humanos de personas inocentes e indefensas -en el caso, los embriones concebidos extracorpóreamente-.

#### 2.4.5. Cosificación del embrión producido extracorpóreamente

Dignidad significa bondad en sí mismo, en cambio utilidad significa bondad para otra cosa que uno mismo<sup>678</sup>. El hombre es la única creatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico, el cual es desarrollado -respecto del embrión- por el Dr. RABBI BALDI en el Cons. V. 3.b2. de su voto.

Tal como explicamos en el punto anterior, la pretensión de los actores “cosifica” al hijo. Y es que cuando el hombre pretende detentar el poder para hacer de sí mismo lo que le plazca, enarbolando “derechos subjetivos” desvinculados de las relaciones sociales, su pretensión se plasma en el hacer de otros hombres lo

<sup>676</sup> Contra esta postura reiteramos que el derecho a la salud debe ser reconocido por los Estados, y no construido ideológicamente.

<sup>677</sup> CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular...* *ibidem*. Prólogo a cargo de Pedro SERNA, pág. 23.

<sup>678</sup> “*Dignitas significat bonitatem alicuius propter seipsum, utilitas vero propter aliud*”. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Comentarios a los libros de sentencias de Pedro Lombardo*, III, d. 35, q. 1 a 4 sol 1, cit. por RODRÍGUEZ, Victorino, *Estudios de antropología...* *ibidem*, pág. 31.

que le place<sup>679</sup>, convirtiéndolos en medios para satisfacer sus caprichos (cfr. Cons. V. 3.c3. voto Dr. RABBI BALDI). Pero -sostiene el Camarista- los embriones no son cosas, y por tanto no deben ser susceptibles de contratación, careciendo, entonces, de precio alguno. Y afirma, junto con KANT: “en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad”<sup>680</sup>. Para profundizar en esta sentencia de KANT, y meditarla respecto del caso que comentamos, remitimos al lector a la lectura del libro *Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*<sup>681</sup>. Por otra parte, encontramos en la siguiente descripción del Dr. SCALA, una aplicación de la referida sentencia al caso de marras: “La relación comercial comienza con un cliente que contrata un laboratorio -abonando sumas importantes-, para que éste le “fabrique” un hijo. Por ahora, el hijo no es confeccionado a medida, porque la técnica es aún bastante primitiva. Pero -debemos confesarlo en honor a la verdad-, tal tecnología además de tosca es cruel, fundamentalmente muy cruel e inhumana. La aceptación legal o la tolerancia social, de cualquier técnica de procreación artificial implica -necesariamente-, adoptar la postura jurídica de que el embrión humano es una cosa. Y si fuera una cosa, todo el dilema ético de la cuestión, se reduciría a que alguien -en general los dadores de los gametos-, pague el justo precio, y tenga -además-, un título justo de apropiación. El resto serían escrúpulos... Ahora bien, para cualquiera que considere al embrión como persona humana, le resulta evidente la definitiva ilegitimidad e injusticia intrínseca, de toda técnica de fecundación artificial”<sup>682</sup>. Por ello afirmaremos al

<sup>679</sup> Cfr. LEWIS, Clives S., *La abolición del hombre*, (Madrid, 1990). Edic. Encuentro.

<sup>680</sup> KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (Madrid, 1983). Edit. Espasa Calpe, pág. 83. Cit. por RABBI BALDI en Cons. V. 3.c3.

<sup>681</sup> SPAR, Debora L., *Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, (Barcelona, 2006). Tendencias Editores.

<sup>682</sup> Cfr. SCALA, Jorge, *Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad de la vida humana y su dignidad*, en [http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge\\_Scala.htm](http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge_Scala.htm)

comentar el fallo S.A.F y A.H.A s/ amparo<sup>683</sup>, que estos contratos son de objeto ilícito en los términos del art. 953 del Código Civil, y que deben ser declarados tales de oficio por los jueces<sup>684</sup>.

En consecuencia concluye el Dr. LOUTAYF RANEA: “la persona humana existe desde el momento de su concepción. Tal principio de derecho natural está reconocido expresamente por nuestra preceptiva constitucional... Debe reconocerse y darse al embrión el **trato digno** que le corresponde, y sería ilícito el desecho de los embriones porque implicaría matar vidas humanas, lo que no puede encontrar amparo en la Jurisdicción, ni ésta obligar a nadie a cooperar en ello” (Cons. 4, el resaltado es nuestro). Y es que, además de **digno**, cada ser humano es **único e irrepetible**, y por tanto tiene una misión única e irrepetible que cumplir en la sociedad, tal como explicamos en el capítulo III. Enseña el Dr. QUINTANA<sup>685</sup> que “la materia de los derechos fundamentales –en primer lugar, la vida– está dada por la misma entidad ontológica del bien humano. Ahora bien, la realización del viviente recorre un camino dinámico hasta alcanzar su plenitud. Referida al viviente humano, ésta sólo se realiza por su inmersión en el entramado social, desde la familia a la *polis*. Al decir de COTTA, “esta inevitable coexistencialidad en la realización de los bienes propiamente humanos, es la que hace necesaria la existencia de toda la trama de derechos y deberes que ordena el intercambio de prestaciones que es preciso para la existencia y buena vida en la comunidad política”<sup>686</sup>. FINNIS, uno de cuyos aciertos es ubicar

<sup>683</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIENTO EN SAN NICOLÁS *in re* S.A.F y A.H.A s/ amparo (Nº Expte. 573-2008), 15/12/08, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/InfojubaContencioson12-II.htm>

<sup>684</sup> Recordamos que para que el juez pueda proceder de oficio ante actos de objeto ilícito es menester que se conjuguen dos circunstancias: que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá ineludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto. Tal es el caso de marras, ya que las técnicas afectan el orden público, afectación que es patente.

<sup>685</sup> QUINTANA, Eduardo M., *El derecho a la vida... ibídem*.

<sup>686</sup> NA: COTTA, SERGIO, *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho*, Persona y Derecho 9, Pamplona, 1982, cit. por MASSINI, CARLOS, *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en *El derecho a la vida*, C.

la noción de bien humano en el centro de sus reflexiones iusfilosóficas, señala que “todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida; en todas la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida”<sup>687</sup>.

## 2.4.6. Conclusión

La sentencia que celebramos, y esperamos sienta precedente -no sólo en el fuero federal salteño-, denota que estos Magistrados, al resolver los casos que se les presentan, piensan el derecho, y lo piensan primordialmente como una relación social que están llamados a resguardar en sus “contenidos esenciales”, “sobre la base de un generoso reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de todas las personas”<sup>688</sup> que está en el origen del ordenamiento jurídico nacional.

## 3. Cobertura de las obras sociales de los tratamientos de fecundación extracorpórea

### 3.1. Introducción

Se multiplican los fallos judiciales que obligan a obras sociales y empresas de medicina prepaga a cubrir los tratamientos de fertilización artificial extracorpórea. Las presentaciones judiciales - que en su mayoría tramitan por vía de amparo, algunos de ellos conjuntamente con medidas cautelares<sup>689</sup>-, alegan un supuesto “derecho humano a la procreación”<sup>690</sup>. Por su parte las empresas,

Massini y P. Serna eds., Navarra, Eunsa, 1998.

<sup>687</sup> NA: FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 115.

<sup>688</sup> Cons. V. 3.b2 voto Dr. RABBI BALDI.

<sup>689</sup> V.gr. JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES *in re* P., M. E. y otros c. Obsba, 24/11/2009, en ED, 236-458.

<sup>690</sup> Sostenemos que el “derecho a procrear”, tal como lo interpreta esta jurisprudencia,



amparándose en el Plan Médico Obligatorio<sup>691</sup>, que no incluye la cobertura de estas técnicas, exigen una regulación legal y fondos adicionales para la cobertura requerida.

Los argumentos más frecuentes utilizados por los jueces para fundar sus sentencias son los siguientes: a) Afirmación de la existencia de un “derecho a la procreación”, por vía de reinterpretación del derecho a la salud. El concepto de “salud” que se utiliza es el elaborado por la Organización Mundial de la Salud<sup>692</sup>; b) Afirmación de la autonomía absoluta del paciente<sup>693</sup>, desconociendo el límite constitucional del art. 19 C.N., a saber: daño a terceros, orden público, moral y buenas costumbres<sup>694</sup>.

es inexistente (Cfr. “4. Algunas precisiones sobre el derecho a la salud” en MARRAMA, Silvia, Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar, en “El Derecho”, [244] - 21/10/2011, N° 12.860.

Para profundizar el tema, ver SCALA, Jorge, ¿Existe un derecho a tener un hijo? en “El Derecho” Diario de Política Criminal, 06/12/2011, N° 12.891.

<sup>691</sup> El Programa Médico Obligatorio (PMO), tal como explicamos anteriormente, emitido por el Ministerio de Salud de la Nación especifica los alcances de las **prestaciones básicas** que deben brindar **todos los servicios de salud** para la población en general (Cfr. resolución MSN 310/2004 complementada con la resolución APE 500/04).

<sup>692</sup> “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente.

<sup>693</sup> Cabe destacar que se considera paciente sólo a quienes recurren a estas técnicas, pero no a los concebidos como producto de las mismas.

<sup>694</sup> En la Comisión N° 9 de derechos del paciente, que sesionó en las recientes XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, hicimos constar, junto con la del Dr. TALE, nuestra disidencia respecto de la conclusión que establece: “La autonomía de la voluntad resulta un principio rector que permite decidir el proyecto autorreferencial de vida”. Las disidencias son las siguientes: Dr. TALE: “El principio de autonomía no debe ser entendido como la disponibilidad absoluta de los derechos o bienes personales”; Dra. MARRAMA: “La autonomía del paciente no es absoluta sino que está

Algunos de estos fallos ordenan la cobertura solicitada pero con ciertos límites referidos a la edad de la mujer o a la cantidad de ciclos o intentos<sup>695</sup>. Otros, por el contrario, han declarado de oficio la inconstitucionalidad<sup>696</sup> de la reglamentación de la ley N° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires precisamente porque limita la cobertura de las técnicas a una franja etaria de la mujer. Esta línea jurisprudencial confirma lo que afirmaremos -siguiendo la postura del Dr. Eduardo Quintana<sup>697</sup>- en el capítulo VI: tal como nos enseña la legislación comparada<sup>698</sup>, abrir la puerta a estas técnicas mediante su autorización implica el avance vertiginoso hacia injusticias y violaciones de la dignidad humana y derechos fundamentales cada vez más pronunciadas.

Las resoluciones judiciales que establecen la obligación de cobertura total e integral de las técnicas, en la mayoría de los casos implican la selección eugenésica de embriones e incluyen la orden expresa de congelamiento de los embriones “sobrantes” (*sic*)<sup>699</sup>,

sujeta a límites constitucionales y legales, y bienes de rango superior, orden público, moral y buenas costumbres y el daño a terceros”. COMISIÓN N° 9 DE DERECHOS DEL PACIENTE, Conclusiones, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011). Asimismo puede consultarse MARRAMA, Silvia, La autonomía del paciente es relativa, en “El Derecho” 22/11/2011, N° 12.882. Boletín de Bioderecho IX.

<sup>695</sup> CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA in re R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo (N° Expte. A-1419-MP0), 03/11/09, en <http://www.fri.bioetica.org/fallos/rnb.htm> Último acceso 26/10/2011

<sup>696</sup> TRIBUNAL DEL TRABAJO N° 2 de Lanús (Provincia de Buenos Aires) in re A. A. c/ Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo, 29/06/2011, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/07/a-c-instituto-de-obra-medico.html>

<sup>697</sup> Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Un proyecto contradictorio ... ibidem, pág. 9.

<sup>698</sup> Cfr. MARRAMA, Silvia E., Referendum italiano sobre procreación asistida, en “Revista Duc In Altum” de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná, N° 10, agosto de 2005; ¿Un Mundo Feliz? España permite la fabricación de niños-medically, ponencia presentada en III Congreso Argentino y I Congreso Iberoamericano de Filosofía del Derecho, Política y Bioética (Universidad FASTA, 2006); La legislación española autoriza la fecundación artificial con fines terapéuticos para terceros, ponencia presentada en I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política y IV Jornadas Nacionales de Derecho Natural (Universidad Católica de Cuyo, 2007).

<sup>699</sup> V.gr. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re L., H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo (Expte. N° 11.578), 29/12/08, en “El Derecho”

obligando al Estado -e indirectamente a los contribuyentes argentinos- a paliar los gastos de conservación “en frío” de estas personas por nacer.

Además, gran parte de las sentencias autorizan la donación anónima de gametos<sup>700</sup>, lo cual implica la violación del derecho a la identidad del niño que nazca como producto de las técnicas, desconociendo así abiertamente lo establecido por los tratados de derechos humanos -en especial, por los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño-. Otros fallos conllevan la autorización de la maternidad subrogada<sup>701</sup>.

Consideramos que esta judicialización del tema es una estrategia de los centros de fecundación artificial extracorpórea que realizan estas técnicas, para presionar en la sanción de una ley favorable a las mismas. Analizaremos algunos de estos fallos y sus consecuencias.

### 3.2. M.P.E. y Otro c/ Ministerio de Salud-IOMA s/ amparo<sup>702</sup>: técnica ICSI<sup>703</sup>

#### 3.2.1. Hechos

Se presentaron los Sres. P. E. M. y A. V. C. ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 del Departamento

233-31.

<sup>700</sup> Cfr. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re B. C. y otra c/ UP s/ Amparo (Expte. N° 12.021), 17/12/09, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=39518#> Último acceso 26/10/2011

<sup>701</sup> V.gr. JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 5 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, in re P., M. E. y otros c/ Obsba, 24/11/09, en “El Derecho” 15/03/2010, N° 12.463.

<sup>702</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIENTO EN SAN NICOLÁS in re M.P.E. y Otro c/ Ministerio de Salud-IOMA s/ amparo (Expte. N° 172/2007), 17/04/07, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontencioson9.htm>.

<sup>703</sup> Tal como explicamos en el capítulo II, la técnica de inyección intracitoplasmática del espermatozoide –más conocida por sus siglas en inglés, ICSI– es una variante de la fertilización *in vitro* (FIV) y consiste en seleccionar espermatozoides e inyectarlos dentro de cada óvulo mediante una aguja especial de vidrio.

Judicial Junín, promoviendo acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial y el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener el suministro de todo lo necesario para el tratamiento de fertilización artificial extracorpórea, atento su imposibilidad de acarrear los gastos del mismo<sup>704</sup>.

El *a quo* se expide respecto del fondo de la cuestión, haciendo lugar al amparo impetrado, ordenando al IOMA solventar en forma total e integral los costos que insuma el tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI<sup>705</sup>. La demandada interpone recurso

<sup>704</sup> Ante el requerimiento de los amparistas, IOMA expresó que “no contempla técnicas de reproducción asistida en convenios y resoluciones vigentes, no existiendo legislación Nacional ni Provincial que avale o regule prácticas y procedimientos de fertilización asistida”. Añade que el IOMA requirió a la Subdirección Técnico Científica de Farmacia y Bioquímica que elaborara el informe, la cual señala que el Instituto no ha normado los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad como la Fertilización *in vitro* (FIV), motivo por el cual no ofrece cobertura a las drogas específicas para la realización de dicha práctica; expresa también que no existe legislación alguna que -en su contenido- imponga a ninguna obra social brindar cobertura al tratamiento peticionado. Señaló seguidamente que “La Ley de Salud Reproductiva y de Procreación Responsable contempla prestaciones médicas y farmacológicas referidas a los métodos conceptivos y anticonceptivos no abortivos. Respecto a los primeros -métodos conceptivos- hay diferentes grupos terapéuticos, (...), pero de ninguna manera se incluyen los medicamentos necesarios para la realización de una FIV”. Relató que “Todas las drogas incluidas en el Plan Médico Obligatorio (PMO) del Ministerio de Salud también lo están en el Formulario Terapéutico Provincial del I.O.M.A., por lo tanto quedan cubiertos los tratamientos de fertilización asistida de baja complejidad, (no *in vitro*)”.

<sup>705</sup> Para fundamentar su decisorio, hizo hincapié en la ley N° 13.066, la cual crea -en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires- el programa provincial que garantiza las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la salud reproductiva y la procreación. Consideró el judicante que, en el caso, no sólo están en juego los derechos e intereses individuales de los amparistas sino que principalmente no puede quedar en desamparo un interés individual cierto y robusto. Es precisamente el derecho a la salud de un linaje vital de su máxima jerarquía que requiere actualmente una adecuada e imaginativa protección administrativa y judicial de su debido carácter preventivo. Relató que una decisión administrativa como la de la demandada daría por sentado que la misma tiene facultades para tomar decisiones de efecto redistributivo en la cumplimentación de prestaciones alcanzadas por la cobertura. Para traducirlo de un modo práctico expresó que si un contrato entre un paciente y el sistema asistencial no excluye expresamente determinada práctica que médicamente se muestra idónea en términos curativos, no hay impedimento ninguno por estar incluido en el *vademecum* prestacional; esto es así porque lo que está en juego es un derecho de jerarquía superior (salud-vida) y porque el ente demandado tiene el compromiso social respecto de la cobertura peticionada en el presente. Concluye que, con la actitud de negativa

de apelación<sup>706</sup>. Corrido el traslado del recurso a la accionante, la actora lo contesta<sup>707</sup>.

La Cámara sostiene que debe confirmar la decisión del judicante, fundándose en el **derecho a la salud**, siendo el mismo de carácter personalísimo, debiendo ser preservado y hecho efectivo por parte del Estado, en este caso el provincial, a través de sus instituciones (en autos, IOMA). Asimismo sostiene que la demandada no ha demostrado en el expediente la existencia de circunstancias de excepción que permitan excluir el caso de la habilitación normativa (ley 13.066<sup>708</sup>). Desestima la Cámara el argumento de la

llevada a cabo por la demandada, se contrarían los fines de la normativa constitucional que ampara la vida y la integridad física, agravando el estado de salud de la amparista.

<sup>706</sup> Esgrimió los siguientes agravios: 1º Agravio: la ley 13.066 no tiene mención acerca de la técnica de reproducción artificial, la cual es una prestación médica de altísima complejidad como el caso del ICSI, y que tampoco existe mención de ello en el decreto reglamentario. Señala que ello es así porque los objetivos de la citada ley 13.066 se insertan claramente dentro del concepto de estrategia de atención primaria de salud - medicina preventiva y baja complejidad. Sostuvo que el *a quo* no puede ordenar al IOMA a brindar una prestación que no tiene obligación legal de realizar, ni de prestar una cobertura que no es obligatoria, ni se ha comprobado irrazonabilidad alguna del IOMA. 2º Agravio: No acreditación de los presupuestos del amparo. Mencionó el apelante que no se demostró la arbitrariedad, ilegalidad y/o la irrazonabilidad en el actuar del ente demandado que viabilicen esta acción, ya que ha mediado una conducta administrativa adecuada a las prescripciones normativas aplicables al caso; deduce que no se exhibe irrazonabilidad o arbitrariedad para la procedencia de la vía intentada. 3º Agravio: Invasión de poderes. Expuso el representante de la demandada que el sentenciante está invadiendo esferas del Poder Legislativo y Administrador, con grave conculación del principio de división de poderes. 4º Agravio: Imposición de costas.

<sup>707</sup> La actora refiere que la Corte Nacional tiene sentado que, si existe alguna duda interpretativa en materia de derecho a la salud, ella debe resolverse a favor del ciudadano-afiliado, habida cuenta que se halla en juego el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria. Manifestó la actora que el procedimiento no se encuentra prohibido y que el perito médico lo considera adecuado; que debe otorgarse la posibilidad de que lo reciba y pueda procrear y no pretender, bajo argucias formales, cercenar el "derecho a la procreación, a la salud y la familia". Cuestionó la conducta de la demandada esgrimiendo que no es la adecuada porque el método contraceptivo es permitido y lo ha denegado interpretando en forma inconstitucional y restringida una norma que indica como de consagración constitucional, que debió ser interpretada a favor del ciudadano-afiliado. Expuso, respecto de la imposición de costas a la perdidosa, que la inactividad administrativa dio lugar al ejercicio del amparo, por lo que la misma resulta ajustada a la presente cuestión.

<sup>708</sup> Esta ley 13.066 -que crea el Programa Provincial que garantiza las políticas orien-

**invasión de poderes** planteada por el apelante, en lo atinente a la interpretación normativa que realiza el Juez de grado en su decisorio<sup>709</sup>. Así, el Tribunal resuelve confirmar la sentencia de primera instancia y en consecuencia, rechazar el recurso de apelación impetrado por la parte demandada en autos.

tadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable- en su art. 2, inc. n reza que es uno de los objetivos del Programa Provincial "informar, otorgar y prescribir por parte del profesional médico, de los contraceptivos y anticoncepcionales, aprobados por el ANMAT, de carácter transitorios y reversibles a ser elegidos libremente por parte de los beneficiarios del programa, los que serán otorgados respetando las convicciones y criterios de los destinados...". Por su parte, el art. 5 inc. i, establece que "la Autoridad de Aplicación" (que correspondía designar por el Poder Ejecutivo en virtud del art. 4 de la norma, y que -por el dto. 2327/03- fue asignada al Ministerio de Salud) deberá "asegurar la provisión y abastecimiento de los insumos, bienes y servicios no personales, que resulten necesarios para el cumplimiento del presente programa y en el mismo sentido a los Centros de Salud o dependencias en las cuales se desarrollen acciones previstas en la presente Ley".

Específicamente respecto de la demandada, esta ley fija, en su art. 6, que "El Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) incorporará dentro de su cobertura médico asistencial las prestaciones médicas y farmacológicas referidas a los **métodos contraceptivos** y anticoncepcionales no abortivos y de carácter transitorio y reversibles, que al efecto fije la Autoridad de Aplicación de la presente Ley" (el resaltado es nuestro). Y que esta ley se sustenta (art. 1, segundo párrafo) en el art. 6 inc. e) de la ley 23.179 y en el derecho humano básico de toda persona a **mantener y restituir su salud**, como también a **proteger a la familia**. Asimismo, el artículo 3º de la referida norma reconoce el **derecho social de la familia** consagrado en el art. 36 inc. 1) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. El art. 36 inc. 1) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales". Asimismo, reconoce los siguientes derechos sociales: "1. - De la familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material". Refieren los considerandos del dto. 2327/03, reglamentario de la ley 13.066, que: "la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, **en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos...**" (los resaltados son nuestros).

<sup>709</sup> Afirma la Cámara que es deber del judicante ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales, atento su rol social dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión, lo cual en modo alguno implica la invasión indicada.

### 3.2.2. Consideraciones sobre el fallo

#### 3.2.2.1. El derecho a la procreación

El Tribunal menciona el “derecho a la procreación, a la salud y a la familia” y que, “conforme la normativa aplicable... debe ser preservado y hecho efectivo por parte del Estado, en este caso el provincial, a través de sus instituciones”. Explicamos anteriormente que no existe un “**derecho a la procreación**”<sup>710</sup>, y -en caso de invocarse su aplicación respecto de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, tal como lo hace el Tribunal- sería, por todo lo expuesto en el capítulo IV, inconstitucional. El presunto “derecho a procrear” no se encuentra reconocido por ningún tratado del art. 75 inc. 22 de la C.N.. Por el contrario, este artículo establece la jerarquía constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC<sup>711</sup>), el cual estipula el derecho a la salud con un contenido y alcance específico, refiriendo las obligaciones asumidas por el Estado. Este Pacto, antes de reconocer un “derecho a procrear” tal como lo entienden los magistrados, más bien lo niega<sup>712</sup>. Por otra parte y en estrecha

<sup>710</sup> Es decir, la procreación es un don y no un derecho exigible. Los padres sólo tienen un interés legítimo a ser padres. Los esposos tienen derecho al acto conyugal, para lo que se obligan mutuamente al débito; pero nadie les asegura la fecundidad de dichos actos. Un interés legítimo no puede erigirse en un supuesto derecho, y mucho menos, cuando viola la intangibilidad de la vida de muchos seres humanos inocentes. Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, pág. 10 ss.

<sup>711</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1996. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada en BO 13/5/86), juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo. A partir de la reforma en el año 1994, el nuevo art. 75 inc. 22 de la C.N. reconoce su jerarquía constitucional.

<sup>712</sup> En efecto, el art. 12 del PIDESC dispone que: “1. Los Estados Partes reconocen en el presente Pacto el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del

relación con el fallo analizado, cabe destacar que, el Pacto **no** obliga a que el Estado se haga cargo de **toda cobertura médica**, basta -para cumplir con la obligación- que toda persona pueda acceder a servicios de salud, tal como lo ha dictaminado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>713</sup>.

#### 3.2.2.2. Reinterpretación del derecho a la salud

La sentencia analizada evidencia el **nuevo paradigma de la salud** al que aludimos anteriormente, que condiciona el derecho a la vida del ser humano a su **utilidad social**. La reinterpretación<sup>714</sup>

trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios en caso de enfermedad”.

Es evidente que el pretendido “derecho a procrear” a costa de tantas vidas inocentes que se pierden por el empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, **al menos vulnera el inciso a) del artículo citado**; este es uno de los fundamentos de la inconstitucionalidad de las técnicas, que se añade a los argumentos de inconstitucionalidad por violar los derechos fundamentales a la vida, dignidad y no discriminación de los embriones.

<sup>713</sup> Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el *principio de la equidad*, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados; estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14, punto 12, en <http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf>.

<sup>714</sup> ¿Cómo se da la reinterpretación del derecho a la salud? Enseña el Dr. SCALA que existen en la actualidad en América Hispana varias corrientes de interpretación de los denominados “derechos humanos”. Sólo una (la corriente clásica, que exponemos) recoge toda la tradición jurídica del iusnaturalismo clásico, del cual la doctrina de los derechos humanos es -simplemente-, su expresión volcada al lenguaje jurídico contemporáneo. Su expresión más acabada es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, completada luego por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos humanos son -por igual-, de todos los individuos pertenecientes a la especie humana, a los cuales se les reconoce *per se*, y durante toda la duración de su vida, el atributo jurídico de “persona”, que resulta indisponible tanto para cada ser humano, como para el resto de los hombres, la sociedad, el Esta-

do, y la propia Comunidad Internacional. En definitiva, los derechos humanos son los principales y fundantes, originados en la común naturaleza y, por ende, en la común dignidad humana. Al depender de la naturaleza –que es inmutable–, son universales, es decir que siempre y en todo lugar deben ser reconocidos por el derecho positivo; y, por ende, irrenunciables para el sujeto, e indisponibles para el resto de la sociedad. Al decir “reconocidos” se subraya que pertenecen a nuestra condición humana y, por ende, son anteriores a las leyes y al Estado. Los derechos humanos –tal como el derecho a la salud– son los derechos fundamentales de cada ser humano. Al compartir todos los hombres la misma naturaleza, todos tenemos los mismos derechos humanos, los cuales nos acompañan desde el comienzo de la existencia (fecundación), hasta la muerte natural; sin que sea admisible ningún condicionamiento para su goce, como podría ser el haber nacido, o tener autonomía propia. En definitiva, son el reflejo jurídico de la dignidad humana.

Las restantes corrientes provienen de posturas ideológicas y, por ende, son interpretaciones reduccionistas, que toman la parte por el todo. Por otra parte, realizan una reinterpretación de los “derechos humanos” establecidos en los Tratados Internacionales, es decir, una interpretación que se desvía de la letra y el espíritu del Tratado (Cfr. SCALA, Jorge, Lobbystas de los Derechos Humanos en clave de género, en “Revista Arbil”, N° 81, en <http://adopcionesespirituales.blogspot.com/2008/06/lobbystas-de-los-derechos-humanos-en.html>). Citemos como ejemplo lo descrito por el Pbro. Dr. Juan Claudio SANAHUJA: “El Comité de Derechos Humanos de la ONU, dictaminó que el aborto es un derecho ante una denuncia presentada contra Perú por las organizaciones internacionales abortistas DEMUS, CLADEM y el Center for Reproductive Law and Policy (CRLP)... Se trata de un ejemplo claro de reinterpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las organizaciones mencionadas están habilitadas para presentar ese tipo de denuncias por el Protocolo Facultativo del mismo Pacto. La denuncia ante el Comité fue presentada en noviembre de 2002. Cuando en 1966 la ONU propuso a los Estados miembros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nada hacía esperar que con el tiempo su texto fuera reinterpretado de tal modo que se considerara una violación al tratado que la legislación de un Estado parte “niegue” a una mujer el supuesto “derecho al aborto”. (Es de notar que tanto el Pacto como su Protocolo forman parte de la Constitución Argentina). Sin embargo los comités del sistema de Derechos Humanos de la ONU se han propuesto -como tantas veces lo hemos dicho- imponer la reingeniería social de la cultura de la muerte, pervirtiendo la letra y el espíritu de los tratados de derechos humanos, porque ninguno de los artículos del Pacto mencionados en el dictamen dan pie para razonablemente justificar el aborto” (SANAHUJA, Juan C., ONU-Perú: La perversión de los derechos humanos por los Comités de Derechos Humanos. El aborto derecho humano, en el Boletín electrónico “Noticias Globales” N° 747, 20/11/05, <http://www.noticiasglobales.org/comunicacionDetalle.asp?id=843>). Entre los días 30 y 31 de julio de 2002, se realizó en la ciudad de Washington, el SEPIA II, sobre el tema “Género y Justicia”, que concluyó con el documento final Hacia una justicia con género. Dicho documento, sintetiza las “recomendaciones para integrar una perspectiva de género en los programas y políticas de los Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas con competencia en el tema”, según el encabezamiento del mismo (Cfr. SCALA, Jorge, Lobbystas de

los Derechos Humanos... ibídem). “La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)... considera que tales avances sólo podrán materializarse en la medida que tengan continuidad y sean concebidos como políticas que deben ser implementadas transversalmente”. Sin embargo, se ven obligadas a aclarar que “estas recomendaciones no son obligatorias ni vinculantes, (y) deben considerarse e integrarse, según corresponda”. En el Capítulo II se tratan las Recomendaciones, comenzando por las Generales, entre las que se destacan las dos primeras: 1) “se deberá integrar una perspectiva de género en forma transversal en todas las políticas y programas pertenecientes a los sistemas de justicia de los Estados miembros”; y 2) insta a la firma y ratificación de la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, así como la “Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belém do Pará)”, de nefastas consecuencias. Nos asombramos al leer en los periódicos la noticia de que el 16 de noviembre de 2006 por la madrugada, en apenas 10 minutos, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW. Seductor es el mensaje de la “no discriminación” de la mujer, y, bien entendido, lo compartimos. Pero en realidad es un caballo de Troya, que esconde la legalización del aborto y de otras formas de menoscabo de la vida y la familia. En 1979 la ONU adoptó la Convención aludida (CEDAW), siendo suscripta por Argentina al haber despertado las expectativas positivas antes aludidas. Pero con el transcurso del tiempo se convirtió en una amenaza para la vida y la familia porque comenzaron a “reinterpretarse” a nivel internacional las expresiones utilizadas por la Convención. Así, “asegurar el acceso a la planificación familiar” se interpreta en la actualidad como “derecho” al aborto (el cuál no es mencionado en ningún artículo de la Convención). La Convención (CEDAW) tiene un Comité de monitoreo, cuyas facultades son realizar “recomendaciones” a los países miembros de la Convención. Entre ellas, cabe destacar la recomendación hecha a Eslovenia de legislar el “derecho al aborto”, y las realizadas a Rumania, Irlanda, Uruguay, Paraguay, Luxemburgo, Venezuela, etc., de despenalizar el aborto. En 1999 la ONU abre a la firma de los países miembros de la Convención el “**Protocolo Facultativo**”. Como su nombre lo indica, es opcional, es decir que no hay ninguna obligación por parte de los Estados signatarios de la Convención de adherir a él. Honduras y Nicaragua, por ejemplo, ratificaron la Convención pero nunca firmaron el Protocolo. **Y cabe destacar que Estados Unidos nunca ratificó siquiera la Convención**. Es más, de los 179 países que han ratificado la Convención, sólo el 40% ratificó su Protocolo. Hay más de 100 países (entre los que se cuentan Cuba, Israel, Chile, Colombia) que firmaron el Protocolo pero no lo ratificaron. Argentina, al haber ratificado el 16/11/06 el Protocolo, obligó a los poderes del Estado a sujetarse a los dictámenes del Comité, lo cual constituye un menoscabo de nuestra soberanía. En efecto, el Protocolo permite al Comité no sólo hacer “recomendaciones” a los países miembros, sino también pesquisas, recibir denuncias por discriminación e investigarlas, hacer “correctivos” a los países, determinarles compensaciones económicas por daños, etc. Y lo que es más peligroso, el Comité se convierte en el **único intérprete** del Convenio y sus alcances. Esto permite, como decíamos al principio, reinterpretar los términos utilizados en el mismo (Cfr. MARRAMA, Silvia E., Carta de lectores sobre la ratificación del Protocolo Facultativo del CEDAW, en “El

del derecho a la salud permite al Tribunal introducir el supuesto “derecho a procrear”, ya que este no se encuentra consagrado en nuestra C.N. ni en ningún Tratado Internacional.

### 3.2.2.3. Métodos conceptivos a cargo del IOMA

El Tribunal sostiene que la distinción que pretende oponer la demandada entre los diferentes tratamientos terapéuticos contra la infertilidad, no encuentra sustento normativo<sup>715</sup>. Sin embargo, sostenemos que el sustento normativo para tal distinción debe buscarse en nuestra Constitución Nacional, entre otros, en el art. 19 que reza que “Las acciones privadas de los hombres **que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero**, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (el resaltado es nuestro). *Contrario sensu*, estas técnicas, que son ilícitas y perjudican a innumerables terceros –los concebidos *in vitro*–, deberían quedar bajo la autoridad de los magistrados para el rechazo de estas acciones judiciales, hasta tanto se legisle la materia prohibiéndolas. Es decir que la técnica ICSI solicitada en autos no es un método conceptivo a cuya cobertura por parte de las obras sociales obliguen las normas argentinas. Así, la sentencia reinterpreta la “cobertura médica de métodos conceptivos” como “cobertura de técnicas **artificiales** de fecundación” (el resaltado es nuestro). Pero debe distinguirse entre la cobertura médica para paliar la infertilidad, y la manipulación técnico-científica de la vida humana naciente. Cabe destacar aquí que en estricto rigor científico, la fecundación *in vitro* mediante

Diario de Paraná”, 20/11/06).

<sup>715</sup> En el caso bajo análisis, se cita como fundamento normativo la ley provincial 13.066, que en su artículo 2º, inc. n establece que es uno de los objetivos del Programa Provincial “informar, otorgar y prescribir por parte del profesional médico, de los **conceptivos** y anticonceptivos, aprobados por el ANMAT” (el resaltado es nuestro). Específicamente respecto de la demandada, la Ley fija, en su artículo 6, que “El Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) incorporará dentro de su cobertura médico asistencial las prestaciones médicas y farmacológicas referidas a los **métodos conceptivos** y anticonceptivos no abortivos y de carácter transitorio y reversibles, que al efecto fije la Autoridad de Aplicación de la presente Ley” (el resaltado es nuestro). Esta autoridad de aplicación es, conforme al art. 4 dto. 2327/2003, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

técnica ICSI no es un procedimiento médico terapéutico, ya que no cura sino que suplanta: sustituye el acto que naturalmente da origen a la vida por un acto técnico<sup>716</sup>.

El verdadero fundamento normativo para resolver el caso hubiera debido buscarse en nuestra Carta Magna y en el Código Civil, armonizándolos con la ley provincial 13.066, de lo cual hubiese resultado el rechazo de la demanda, por las razones expuestas en el capítulo IV.

### 3.2.2.4. Invasión de esferas del Poder Legislativo y Administrador

En autos se demanda al Instituto de Obra Médico Asistencial, entidad autárquica de la Provincia de Buenos Aires (art. 1 ley provincial 6.982<sup>717</sup>). Su art. 12 inc. c)<sup>718</sup> establece que los recursos del

<sup>716</sup> La técnica médica es aquella que se orienta a curar, aliviar. Sin embargo, la fecundación *in vitro* no se inserta en esa dinámica, ya que al final del proceso el matrimonio seguirá siendo estéril, por lo que pareciera que no califica como una técnica médica, tal como lo requiere la ley a la que estamos aludiendo (“cobertura médica de conceptivos”). Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, pags. 48-49.

<sup>717</sup> El art. 1 de la ley provincial 6.982 establece: “Ratificase la creación del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), que funcionará como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la presente ley y realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen. La actividad del Organismo se orientará en la planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia, teniendo como premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios, reafirmando el sistema de Obra Social abierta y arancelada”.

<sup>718</sup> El art. 12 de la ley provincial 6.982 establece: “Los recursos del Instituto serán: a) El aporte de los afiliados directos; b) La contribución que el Estado Empleador y sus Organismos Descentralizados o Autárquicos realicen por los afiliados directos obligatorios; c) El aporte de la Provincia que cubrirá el déficit eventual que resulte de cada ejercicio; d) Los fondos provenientes de las inversiones previstas en el artículo 7º, inciso ñ) de la presente Ley; e) Los ingresos con motivo de donaciones, legados, contratos en general, incluyendo los ingresos provenientes de convenios de prestación de servicios y las demás actividades y conceptos que determinen las normas legales respectivas; f) El superávit que se establezca al cierre de cada ejercicio financiero, que como recurso propio será contabilizado en el ejercicio siguiente; g) Con la contribución extraordinaria, no reintegrable, de las Municipalidades, según el último párrafo del artículo 14º bis”.

Instituto serán, **ante un déficit eventual**, los aportes de la Provincia.

En este sentido, fallos como los aquí analizados mantienen una estrecha conexión con la política económica, ya que dependen de las erogaciones públicas del Estado para asegurar su efectividad. No es impensable suponer que pueda darse un déficit eventual del Instituto si se multiplican este tipo de sentencias, dado los altos costos de estas técnicas. El derecho a la salud, en el sentido de una obligación positiva estatal, supone la articulación de una política sanitaria pública, que depende para su existencia de la asignación de partidas presupuestarias suficientes<sup>719</sup>. Todo este **mecanismo**

<sup>719</sup> En efecto, el conjunto de las actividades financieras del Estado se concreta en un documento llamado "Presupuesto", que constituye una **ley** cuyo contenido se divide en dos partes: autorización de gastos y previsión de recursos. Las principales funciones que cumple el Presupuesto son: a) Determinar en cifras y por un período de tiempo la futura actividad del Estado para el cumplimiento de los cometidos que ha asumido. b) Permitir el conocimiento y el control, por parte de la opinión pública y del Poder Legislativo, de la actividad financiera del gobierno. c) Evidenciar el cálculo económico de la actividad financiera del Estado a través del cotejo de los gastos y de los recursos aprobados por el Parlamento. Cfr. JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y derecho tributario*, 3º edic., (Buenos Aires, 2003). Edit. Abeledo Perrot. Pág. 81 ss. La ley 24.156 confiere a la Oficina Nacional de Presupuesto, dependiente de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, las siguientes competencias: a) Participar en la formulación de los aspectos presupuestarios de la política financiera que, para el Sector Público Nacional, elabore el órgano coordinador de los sistemas de administración financiera; b) Formular y proponer al órgano coordinador de los sistemas de administración financiera los lineamientos para la elaboración de los presupuestos del Sector Público Nacional; c) Dictar las normas técnicas para la formulación, programación de la ejecución, modificaciones y evaluación de los presupuestos de la Administración Nacional; d) Dictar las normas técnicas para la formulación y evaluación de los presupuestos de las empresas y sociedades del Estado.

La Oficina Nacional de Presupuesto recibe los anteproyectos de Presupuesto de las distintas instituciones de la Administración Pública Nacional. Sobre la base de un análisis exhaustivo y de las políticas y objetivos contemplados en los programas de gobierno, teniendo en cuenta aquellos anteproyectos, se lleva a cabo un proceso que culmina con la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuesto, que, luego de ser evaluado y discutido en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, es sometido a la consideración de todas las áreas de gobierno y, finalmente, es remitido al Congreso de la Nación para su tratamiento y posterior aprobación. Cfr. MAIA, José L., *El Presupuesto Nacional y el contexto macroeconómico*, 6º Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales, Laborales y Agropecuarias. Consejo Profesional de Ciencias Económicas. (Rosario, 26/09/08). En <http://www.cpcesfe2.org.ar/cgce/jornadas/>

**legal presupuestario** se viola en el fallo que comentamos, invadiendo el Poder Judicial las esferas de los otros dos poderes del Estado, ya que establece, mediante sentencia, una nueva erogación a cargo del Estado, no prevista presupuestariamente ni originada en su responsabilidad por su actividad. Cabe recordar aquí que la Ley de Presupuesto es un **acto político de gobierno**<sup>720</sup> interpretado por la jurisprudencia como una cuestión no justiciable<sup>721</sup>.

Jornadas\_Tributarias\_6/Presentaciones/Conferencias/MAIA%20J%20L%20-%20El%20presupuesto%20nacional.pps#280,1.

En la Provincia de Buenos Aires el procedimiento es similar, existiendo la Dirección Provincial de Presupuesto.

<sup>720</sup> La Ley de Presupuesto cumple un papel de fundamental importancia en el derecho público argentino por ser en definitiva aquella norma jurídica que, año tras año, habilita la competencia administrativa, y que contiene en su seno nada más y nada menos que el programa de gestión de gobierno y las políticas para llevar adelante dicho plan durante un período determinado. Cfr. OVIEDO, Laura, *La Ley de Presupuesto en la reforma constitucional de 1994: Su relación con los Derechos Humanos*, en [http://www.eldial.com.ar/suplementos/Administrativo/tcdNP.asp?id=4104&id\\_publicar=6749&fecha\\_publicar=12/12/2008&camara=Doctrina#\\_ftn1](http://www.eldial.com.ar/suplementos/Administrativo/tcdNP.asp?id=4104&id_publicar=6749&fecha_publicar=12/12/2008&camara=Doctrina#_ftn1)

<sup>721</sup> Esto se ha establecido en el caso Horvath c/ Fisco Nacional donde la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN expresó que "No corresponde a los jueces resolver cuestiones de política económica privativas de los otros poderes del Estado" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re Horvath c/ Fisco Nacional, 04/05/95, Fallos: 318:676), postura que fue reafirmada en *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI)*, donde también se dejó sentado que "Existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo ajeno al Poder Judicial, que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley, y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura o injusta" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI)*, 19/10/95, Fallos 318:785).

No se debe perder de vista que si bien el fin del Presupuesto no puede ser otro que **hacer cumplir las instituciones de la Constitución Nacional**, la misma admite un margen de elección y no impone a los poderes políticos una única solución, sino que deja abierto su ámbito de acción entre varias opciones que se presentan lícitas, por lo que, cualquier opción racional - siempre que se escoja siguiendo los cauces constitucionales, con razonabilidad y respeto por los derechos fundamentales - es constitucional y el Poder Judicial no puede cuestionarla, **ni mucho menos sustituirla** sin ir contra los principios más esenciales del Estado de Derecho y la República. El límite de la intervención del Poder Judicial, más allá de si existen cuestiones políticas no justiciables, está dado por la imposibilidad de sustituir la acción de los otros poderes del Estado. En este caso habrá que preguntarse si el Poder Judicial cuenta con la información e instituciones necesarias que le permitan valorar adecuadamente los avatares presupuestarios, y si puede ello hacerse por medio de estándares judiciales,

### 3.2.2.5. Desequilibrio de las finanzas de la Obra Social y de las finanzas públicas<sup>722</sup>

El Dr. JOVANOVICES<sup>723</sup> explica que más que el costo de las técnicas de fecundación artificial en sí mismas<sup>724</sup>, gravitan en el sistema de salud los costos causados por el aumento en la prematuridad<sup>725</sup> de los nacimientos y por el bajo peso al nacer. Por otra parte, basado en datos de la Sociedad Argentina de Pediatría, estima que el 30% de los niños prematuros necesitarán en el futuro un reforzamiento de la educación *standard*; el 20% requerirá algún tipo de educación especial; el 16% padecerá repitencia escolar, con la

que además no impliquen sustitución de los poderes políticos. Cfr. OVIEDO, Laura, *La Ley de Presupuesto en la reforma constitucional...* *ibidem*.

<sup>722</sup> Al respecto puede consultarse CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL sala I in re Enia, Gabriela Susana y otro c/ IOMA y otro, 19/11/2009, en “La Ley” del 30/03/2010, fallo que se funda casi exclusivamente en el desfinanciamiento de las obras sociales para rechazar el pedido de cobertura de las técnicas de fecundación artificial.

<sup>723</sup> Cfr. JOVANOVICES, Hugo, *Aspectos sociales de las técnicas de fecundación artificial humana...* *ibidem*.

<sup>724</sup> Esbozamos los costos de un Instituto español, ya que es difícil acceder a los costos de los institutos argentinos. El costo señalado por “Inducción ovulación + punción, Forfait monitorización, analíticas y tratamiento, Laboratorio FIV-ICSI, Transferencia, Gastos Quirófano” ascienden en una clínica europea a **4.805€** “Este precio no incluye: *Anestesia: 340€ Efectivo*”. A ello se debe sumar: “Asisted Hatching: 250 €; Congelación embriones : 280 €; Congelación embriones + 1er mantenimiento: 600 €; Mantenimiento anual embriones congelados, a partir 2ºr año 600€ ( 50€ mensuales); Semen de donante: 555 €; Congelación semen: 280 €; Mantenimiento anual semen congelado: 280€; Recuento espermatozoides móviles: 58 €; Seminograma + Recuento espermatozoides móviles: 125 €; Ciclo Congelados sin transferencia: 790 €; Ciclo Acumulación embriones 2.575€ (no incluido ciclo congelados); Ciclo Acumulación ovocitos 1.750€ (no incluido fecundación, ICSI y transferencia)”. INSTITUTO BALEAR DE INFERTILIDAD LABORATORIOS, S.L., *Consentimiento informado PVP FIV/ICSI*, en <http://catala.ibi-es.com/precios/FO-75-04-BCIPVPFIV-ICSI%202011.pdf>

<sup>725</sup> Señala como costo promedio de prestación a prematuros menores de 1500 grs al nacer, sumando los componentes “consultas, días cama, exámenes de laboratorio, imagenología, intervenciones quirúrgicas, procedimientos especiales, medicamentos, insumos” asciende en Argentina a U\$S 78.473,95, equivalentes a \$ 341.361,69 a octubre de 2011. Estos costos se elevan a U\$S 286.939,57, equivalentes a \$ 1.248.187,13, en caso de recién nacidos que padecen malformaciones congénitas.

consiguiente pérdida de productividad laboral que este problema representa para los padres de los niños y sus empleadores.

Cabe reiterar que el PIDESC<sup>726</sup> **no** obliga a que el Estado se haga

<sup>726</sup> Un estudio realizado por el Dr. LAFFERRIÈRE sobre el informe que se utiliza como fundamento para afirmar que la OMS considera a la infertilidad como una enfermedad muestra que es “una publicación obrante en la página web de la OMS...”, publicado en 2007 y escrito por ANDRÉS DE FRANCISCO, RUTH DIXON-MUELLER y CATHERINE D'ARCANGUES, (que) expresamente aclara al inicio: “El objetivo de este trabajo es esbozar un marco conceptual y diversos aspectos temáticos y generales de la investigación de la salud sexual y reproductiva como primer paso del proceso consultivo para la identificación de las lagunas y prioridades de la investigación en este campo”. Como es habitual en estos informes, se aclara: “Los autores son los únicos responsables de las opiniones que se expresan en este documento”. Lo llamativo es que este informe, en el apartado dedicado a “Conseguir los embarazos deseados: diagnóstico y tratamiento de la infertilidad” expresamente sostiene: “Los tratamientos de la infertilidad comprenden un surtido de estrategias médicas y extramédicas, que en su mayor parte no están al alcance de la mayoría de las parejas de los países en vías de desarrollo. **Es posible que la intervención más importante para la infertilidad por ITS [infecciones de transmisión sexual] sea la identificación y el tratamiento precoces de las infecciones para evitar la esterilidad secundaria.** De hecho, podría decirse que los adelantos realizados en el campo de las técnicas de reproducción asistida, como la fecundación in vitro, la transferencia intratubárica de gametos o cigotos, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides y la congelación de embriones, representan un caso clásico de desigualdad entre las inversiones y las necesidades. Un grupo de intervenciones que posiblemente tengan una repercusión muy superior en la mayoría de los entornos de bajos recursos son la **prevención de las infecciones de transmisión sexual y el suministro de medios para curar dichas infecciones y la enfermedad inflamatoria pélvica, como los antibióticos; el tratamiento quirúrgico de las obstrucciones orgánicas femeninas y masculinas;** las técnicas sencillas de inseminación artificial; **y las estrategias extramédicas como el asesoramiento acerca de la frecuencia y el momento óptimos para el coito y otras modificaciones de la conducta.** Los estudios sociales, clínicos y operativos ayudarían a identificar las intervenciones esenciales en los niveles personal, de pareja y social para **prevenir las enfermedades frecuentes que provocan infertilidad;** para diagnosticar y tratar la esterilidad con métodos sencillos, cuando sea posible; y para reducir el estigma de la esterilidad mediante el asesoramiento de la pareja y de la familia, la educación de la sociedad y el **apoyo a los acuerdos alternativos para el intercambio de niños, como la acogida o la adopción,** entre otras opciones”. **Es decir, el informe utilizado como fundamento para afirmar que la OMS considera a la infertilidad como una enfermedad, específicamente señala que las intervenciones biotecnológicas de procreación artificial son “un caso clásico de desigualdad entre las inversiones y las necesidades”** (los resaltados son nuestros). Y concluye el Dr. LAFFERRIÈRE: “La pretensión de cobertura de estas técnicas por las obras sociales y entidades del sistema de salud no sólo es un abuso de derecho, sino una forma de injusticia social. En efecto, no podemos dejar de señalar que la eventual decisión de incluir la cobertura entre las prestaciones obligatorias



cargo de **toda cobertura médica**, basta -para cumplir la obligación establecida en el Pacto- con que **toda persona** pueda acceder a servicios de salud<sup>727</sup>. En efecto, el nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. El Pacto fija los objetivos que deben ser alcanzados por los Estados, mientras la discrecionalidad de estos radica en la selección de los medios<sup>728</sup> con los cuales cumplirá esas metas. En un país donde resulta arduo distribuir las cargas sociales<sup>729</sup> para cubrir **tratamientos ordinarios** o subsanar graves patologías físicas o psiquiátricas de las personas, cabe preguntarse por la razonabilidad del fallo, que ordena la cobertura de técnicas de alta

a cargo de las instituciones del sistema de salud configura una decisión fuertemente polémica, en un contexto socioeconómico de graves necesidades, de tal manera que se desvían fondos de la atención de necesidades básicas de salud hacia prestaciones de alto costo no sólo económico sino también humano” (LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las técnicas de procreación artificial y su cobertura por el sistema de salud, en “El Derecho”, [235] - 03/11/2009, N° 12.372).

<sup>727</sup> Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14, punto 12.

<sup>728</sup> En el orden local, el sistema sanitario público, está integrado por el conjunto de obligaciones positivas constituido por las leyes 23.660 y 23.661, decretos 492/95 y 1615/96, resolución ministerial del MS y AS 247/96 y modificatorias (542/1999, 157/1998, 939/2000 y 1/2001), entre las más esenciales.

<sup>729</sup> En 2001 se estimó el costo por beneficiario del Plan Médico Obligatorio (PMO) en \$ 22. Tras la devaluación y aun después de aprobadas las modificaciones para limitar sus alcances durante la emergencia, se calculaba un costo de \$ 24. La recaudación de las obras sociales sindicales era, en promedio, de \$ 16 mensuales per cápita. Los beneficiarios de las obras sociales aportan a un fondo destinado a financiar la alta complejidad. Pero hasta el 2001, esa caja auxilió a las obras sociales con déficit financieros con más de lo destinado realmente a los reintegros por prestaciones médicas, arrastrando en consecuencia una deuda de casi **\$ 200 millones** (cifra referida a 2001). Cfr. Las Obras Sociales Sindicales frente a la situación del Sistema de Salud, en [http://www.sancernigimenez.org.ar/obras\\_soc.htm](http://www.sancernigimenez.org.ar/obras_soc.htm)

complejidad<sup>730</sup> de elevadísimos costos<sup>731</sup>.

El presente fallo podría ser tachado de **irrazonable** en tanto no pondera el posible desequilibrio en la previsión de recursos presupuestarios en materia de salud de la Obra Social demandada y, eventualmente, del Ministerio de Salud, de quien el IOMA es el delegado para la “planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia” (cfr. art. 1 ley 6982) y cuyo déficit eventual –como antes explicamos- debe cubrir el Estado Provincial. Es de sentido común pensar que una obra social como el IOMA pueda sufrir un desequilibrio financiero ante la obligación de cobertura de varios casos como el presente, que la lleve incluso a dejar sin cobertura médica básica al resto de sus afiliados. Por otra parte la realidad nos muestra que existe demora por parte del

<sup>730</sup> Según la doctrina nacional, en principio, el derecho a la salud presenta dos caras: una, que implica algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada por la conducta terceros, ya sea el Estado u otros particulares (obligaciones negativas), o por otros factores controlables -tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación- (obligaciones positivas). La segunda está integrada por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud denominadas habitualmente como “derecho a la atención o asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población. Cfr. ARIZA CLERICI, Rodolfo, El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en <http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm>

<sup>731</sup> La prensa informó en julio de 2008 que “El costo de los tratamientos de fertilización asistida es el gran obstáculo para las parejas que no quedan embarazadas. Cada tratamiento cuesta entre 6.000 y 10.000 pesos, y la medicación que hace falta, por ejemplo para estimular la ovulación, cuesta entre 2.000 y 6.000 pesos. Además hay que tener en cuenta que muchas veces las parejas embarcadas en esta búsqueda realizan más de un intento, hasta tres por año”. BOSCHI, Silvana, Fertilización: 30 años de avances, en “Diario Clarín”, 19/07/08, en <http://www.clarin.com/suplementos/mujer/2008/07/19/m-01718140.htm>

Por otra parte, el costo de la crioconservación de los embriones que se reservan para futuros intentos de embarazo oscila entre \$ 900 y \$ 1.500 anuales. Cfr. BIRGIN, Carola, De amor y de ciencia, en “Diario Clarín”, 29/06/08, en <http://www.clarin.com/diario/2008/06/29/sociedad/s-01704306.htm>

IOMA<sup>732</sup> en el suministro de medicamentos oncológicos<sup>733</sup>, en la provisión de Ortesis, bipedestadores, valvas, férulas, corsé, camas ortopédicas, colchones, almohadón antiescaras, prótesis de amputación, etc.

Dado que el déficit eventual del IOMA puede recaer sobre el Estado Provincial, cabría evaluar el estado de la cobertura sanitaria en la Provincia de Buenos Aires, para apreciar la **razonabilidad** del fallo. En un informe de 2008 sobre la situación de los hospitales públicos de Buenos Aires<sup>734</sup>, se muestra la falta de insumos básicos en los hospitales públicos, desde algo tan simple como tela

<sup>732</sup> Cfr. IOMA: siguen las demoras en los tratamientos especiales, en <http://www.eldial.com.ar/ediciones/20041104/laciudad18.asp>

<sup>733</sup> Cfr. CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE QUILMES, SALA SEGUNDA, in re Santorelli Santina c/ IOMA Obra Social s/ Amparo (Expte. N° 8118), 15/02/05, en <http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=731>.

<sup>734</sup> Con respecto a esto último se refiere el médico infectólogo del hospital Muñiz, Luis TROMBETTA, quien recuerda una denuncia pública hecha por un grupo de doctores de ese hospital. En esa carta abierta, fechada el 22/08/08, los médicos alertaban sobre la falta de drogas para enfrentar la tuberculosis. Los facultativos explicaron en esa oportunidad que se vieron obligados a suspender el tratamiento a tres pacientes con el riesgo que implicaba para los afectados y para el resto de la sociedad el recrudescimiento de esta enfermedad. En el Pirovano se vive una situación similar todos los días. Los médicos manifiestan que la falta intermitente de algunos antibióticos hace que se deba cambiar sobre la marcha los tratamientos a los pacientes. Otro problema que tiene el hospital Pirovano es la poca cantidad de reactivos para realizar análisis de sangre. Así se les deben cancelar los turnos a los pacientes que tenían que pasar por el laboratorio. Tanto como antibióticos y reactivos faltan las gasas y telas adhesivas. Como explican todos los consultados, sin gasas se hace imposible el funcionamiento de gran parte del hospital. Con gasas se curan heridas, se limpian zonas a operar, se protegen las partes inyectadas con sueros, etc... La tela adhesiva tiene una importancia similar porque justamente sirve para asegurar las gasas. Estos insumos en un hospital son imprescindibles y nunca deben faltar. Una anécdota que compartió un médico del hospital Fernández pinta de cuerpo entero la situación de la falta de insumos en los hospitales porteños. La semana pasada le pidió por favor a una enfermera que le consiguiera tela adhesiva. Después de un rato de esperar la mujer llegó con un pequeño rollo y le recomendó: "Doctor, cuidela bien porque es la única que hay en todo el hospital". El rollo lo había donado un paciente. Cfr. SILVESTRE, José L., Paciente con paciencia, en "Página 12", 29/09/08. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-112421-2008-09-29.html>

Esto también sucede en los hospitales públicos de la Provincia de Buenos Aires. Cfr. Punto "1. Provincia de Buenos Aires", del informe del CELS, Estado de los hospitales públicos del país, en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/anexo\\_hospitales.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/anexo_hospitales.pdf)

adhesiva hasta la de medicamentos para enfermedades complejas. A esto cabe agregar la grave desnutrición infantil<sup>735</sup> que aqueja nuestro país, y que debería paliarse antes que cualquiera de estas técnicas ilícitas y costosísimas.

Si bien el argumento que hemos esbozado en este punto es relevante –y podría haberse constatado mediante las facultades instructorias del Tribunal-, ésta no es la razón más importante por la cual la cobertura demandada debe denegarse. La razón fundamental es, reiteramos, la inconstitucionalidad del tratamiento solicitado.

### 3.2.2.6. Objeción de conciencia

Cabe aquí esbozar la posibilidad de que los afiliados planteen la objeción de conciencia ante las obras sociales a las que pertenecen,

<sup>735</sup> "La desnutrición infantil es una de las hijas predilectas de la pobreza y de la miseria y en la Argentina ha fijado hace tiempo su residencia. Se la suele definir como el estado anormal del organismo causado por deficiencias de uno o múltiples elementos nutricionales; como la consecuencia de diversos factores (falta de alimentación, problemas socio-económicos, negligencia en cuidados y enfermedades). Según la Organización Mundial de la Salud, influye en más de una tercera parte en las muertes infantiles, aunque rara vez se la menciona como causa directa, indica el sitio web [http://www.portalesmedicos.com/diccionario\\_medico/index.php](http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php). De acuerdo con los últimos datos disponibles sobre la desnutrición infantil en la Argentina, las provincias del Noroeste y de Noreste son las más afectadas. La Unicef indicó que el 22 por ciento de la población de nuestro país se encuentra dentro de la calificación de indigentes porque no acceden a la canasta básica de alimentos... En las provincias del Norte, 8 de cada 10 niños y adolescentes son considerados pobres porque no tienen ingresos suficientes como para cubrir sus necesidades mínimas, mientras el Centro de Estudios de Nutrición Infantil afirma que el 35% de la población no puede acceder a los alimentos básicos, aunque destine a ello el 66% de sus ingresos... Otro gran luchador es el pediatra Abel Albino, graduado en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Tucumán y fundador en Mendoza de la Cooperadora para la Nutrición Infantil (Conin) que desde 1993 lucha contra la desnutrición infantil. Ayer... afirmó que en la Argentina la tasa de mortalidad, que es un indicador de la desnutrición, asciende al 20 por mil, mientras que en Chile es del 7,5 por mil. "Un niño desnutrido afecta a toda la sociedad ya que la principal riqueza de un país reside en su capital humano, y si este está dañado, ese país no tiene futuro", afirmó". (Cfr. Mortalidad y desnutrición infantil, Editorial de "La Gaceta de Tucumán", 12/06/10, en [http://www.lagaceta.com.ar/nota/383040/opinion/Mortalidad\\_desnutricion\\_infantil.html](http://www.lagaceta.com.ar/nota/383040/opinion/Mortalidad_desnutricion_infantil.html)).

dado que, de producirse un desfinanciamiento de éstas, se verían privados, quizá, de prestaciones básicas y de baja complejidad.

Por otra parte, es impensable que los magistrados decidan cargar sobre las espaldas del pueblo argentino –que solventa el gasto público mediante impuestos- las erogaciones que implicarían para el Estado provincial estas técnicas inconstitucionales de fecundación extracorpórea –en caso de déficit de la obra social demandada en autos-. Por ello, se podría, como mínimo<sup>736</sup>, plantear la objeción

<sup>736</sup> Afirmamos que la objeción de conciencia es un recurso mínimo porque -al decir del Dr. SCALA- no resuelve el problema real, sino que simplemente eximiría al objetor de cometer un mal concreto, pero resto de la sociedad sigue sometida a un régimen jurídico injusto. Es decir que el objetor acata una ley injusta, e invoca su libertad de conciencia para no cumplirla en un caso concreto. Pero puede llegarse incluso a ejercer el derecho de resistencia, reconocido por el art. 36 C.N.. En tal sentido hacemos nuestras las palabras del Dr. SCALA: “Sea bienvenida la objeción de conciencia, en tanto y en cuanto sea el primer paso, para el ejercicio en plenitud del *ius resistendi*” (Cfr. SCALA, Jorge, La objeción de conciencia como antesala del ius resistendi, en “El Derecho” 227-123). La objeción de conciencia -máxime el *ius resistendi*-, en la medida en que está relacionada con la no-obediencia civil, constituye un recurso **excepcional** que se aplica en aquellos casos en los que el Estado vulnera el derecho natural. Ante esto, cabe preguntarse si las situaciones como las que analizamos son lo suficientemente graves como para permitir este recurso excepcional. Es decir, ¿tiene el gobernante potestad legislativa para utilizar los impuestos de los contribuyentes para una finalidad que no solamente no contribuye al bien común sino que además atenta gravemente contra el derecho natural a la vida de los no nacidos? Es cierto que la autoridad tiene potestad para reclamar impuestos, pero esta potestad la tiene **en función de la finalidad a la que destine los mismos**. Dentro de la concepción ética realista, existe una doctrina moral sobre el pago de los impuestos. Para Santo TOMÁS (TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I, II, q. 95 y ss. La ley que no es justa no parece que sea ley. Por consiguiente toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural ya no será ley, sino corrupción de la ley. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 95. a. 2), sólo los impuestos justos generan el deber moral de pagarlos. Entre los requisitos para la justicia de un impuesto, y por tanto para la obligación moral de pagarlos, el más importante en esta doctrina tomista, es que la **causa final** del mismo esté ordenada al **bien común**, es decir, que el impuesto sea justo por su fin. El resto de la doctrina se establece en función de su causa material, formal y de que provenga de quien tiene poder para establecerlo. Se basa por tanto en la legitimación del impuesto por emanar de los poderes competentes; en la viabilidad del impuesto, por aplicarse a realidades económicas que lo hacen posible; y en la adecuación del impuesto por ser proporcionado, en su cuantía, a la capacidad económica de quienes han de pagarlo. Esta objeción de pagar impuestos que planteamos es, en el fondo, una omisión, un **no hacer** frente al Estado, y no tanto una

de conciencia<sup>737</sup> en materia tributaria.

### 3.2.2.7. Conclusión

Nos encontramos ante un fallo inconstitucional, irrazonable y grave desde un punto de vista institucional. Es de desear que este tipo de fallos no sigan multiplicándose, judicializándose así la fecundidad matrimonial y presionando con estos resolutorios para que se dicte una legislación que ampare estas prácticas.

acción positiva o una comisión contra el mismo, una omisión parcial y mínima pues no se trata de no pagar nada (no hay una oposición al sistema tributario general), sino de no pagar una parte o cantidad concreta, siendo esta cantidad detraída ínfima, casi simbólica. La finalidad de la acción positiva que debería ser subsiguiente -la desviación de la cantidad detraída hacia una asociación benéfica- es mostrar que no hay intención de defraudar (que no hay “dolo”), o que existe buena fe, y darle a esa parte de los impuestos del objetor un fin que sí es susceptible de ordenarse al bien común. Por todo ello, esta objeción, basada en el respeto al derecho natural y positivo argentino, no puede redundar en un deterioro de la paz social ni del orden público, puesto que, lejos de promoverse una pueril actitud de falta de respeto y obediencia a la autoridad, se busca precisamente una justa obediencia ciudadana dentro de los límites que le dan sentido y legitimidad, así como evitar una cooperación a un mal objetivo, a una injusticia. Su **finalidad** sería que el dinero de los argentinos no se destine a un fin inconstitucional que vulnera el derecho natural de **todos** a la vida. Es decir que los argentinos ejercerían este derecho para que el Estado no destine lo recaudado en virtud de impuestos, directos o indirectos, a financiar estas prácticas. Sobre la aplicación de la objeción de conciencia tributaria en España ver PÉREZ ADÁN, José, El Síndrome del coronel Nicholson, en “Tribuna Libre”, 21/09/03, www.elconfidencialdigital.com.

<sup>737</sup> No existe ninguna norma que establezca con carácter general la objeción de conciencia. Sin embargo, su ejercicio se fundamenta en: art. 19 C.N. y tratados internacionales de derechos humanos (art.75 inc. 22) que reconocen una amplia tutela a la libertad de conciencia, a la libertad de pensamiento y de religión (Cfr. arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Está prevista expresamente en constituciones provinciales tales como: Jujuy, art. 6 inc. 5; San Juan, art. 123; Córdoba, art. 17; Buenos Aires, art. 3 *in fine*; Chubut, art. 17; Santiago del Estero, art. 13; y la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4; entre otras. La provincia de Tierra del Fuego en su Constitución establece el **deber** de resistencia (cfr. art. 31 inc.14).

### 3.3. Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA)<sup>738</sup>: técnica ICSI

#### 3.3.1. Hechos

La Juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada y, en consecuencia, condenó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Obsba) “a brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI en la institución que aquellos elijan realizarlo”<sup>739</sup>.

#### 3.3.2. Derecho a la salud como completo bienestar

Apelado el fallo, la Cámara lo confirma, alegando en el cons. 5 que la salud reproductiva involucra el “derecho a procrear” de los cónyuges. Es decir, hace derivar, como en el caso anterior, un

<sup>738</sup> CAMARA DE 2º INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO y TRIBUTARIO, SALA II, in re Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA; Expte. 20324/0), 26/05/2008, en [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala\\_2/Ayuso.2008.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala_2/Ayuso.2008.pdf).

<sup>739</sup> La Jueza entendió que la negativa de la Obsba de otorgar a los actores cobertura económica integral para el tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI hasta producirse el embarazo, configuraba una ilegalidad manifiesta que lesionaba derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes nacionales y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes locales en juego. Por otra parte, rechazó *in limine* el argumento de la demandada en cuanto a que no existía un accionar arbitrario o ilegítimo de su parte en tanto el tratamiento requerido no se encontraba incluido en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE). Además, destacó la particular situación de autoexclusión de la accionada respecto de la aplicación de la ley 23.661 -en contravención con lo establecido en el art. 37 de la ley 472 (el art. 37 reza: “Se establece como plazo máximo la fecha del 1º de enero de 2003 para que la OSBA disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por las Leyes Nacionales Nº 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas”)- lo cual, según la jurisprudencia imperante en el fuero local y en el Tribunal Superior de Justicia, no podía redundar en perjuicio para los afiliados, debiendo la Obsba, en consecuencia, proveer prestaciones no inferiores a las que hubieran podido acceder los agentes del seguro nacional de salud.

falso derecho a procrear del derecho a la salud reproductiva, reinterpretándolo. A su vez, la salud reproductiva derivaría del derecho a la salud (del cual también se realiza una reinterpretación y ampliación). Para el Tribunal, esta reinterpretación resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica “un estado de completo bienestar físico, mental y social”. La enfermedad, por lo tanto, constituye, según lo afirma el Tribunal, una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la **imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud**, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida, es decir, la imposibilidad de satisfacer este estado de **completo bienestar**. De esa noción de enfermedad deduce la Cámara que los impedimentos de procrear de la accionante “representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como **un derecho** enteramente pasible de protección” (el resaltado es nuestro). Es decir que todo **desmedro en la salud** –entendida como un **completo bienestar**, no sólo físico sino también mental y social- **deviene un derecho** cuya cobertura deviene obligatoria. Las consecuencias de esta afirmación son impredecibles y totalmente utópicas... ¿Qué implica un **completo bienestar**? En lo físico... ¿la cobertura de cualquier tratamiento, incluso los superfluos (como ciertas cirugías estéticas), ilícitos (como el solicitado en autos), los que constituyen medios desproporcionados o extraordinarios? En lo social... ¿la cobertura de cualquier necesidad, incluso de las creadas artificialmente por la sociedad de consumo en la que vivimos? Vemos claramente cómo se amplían y reinterpretan los derechos –en el caso, el derecho a la salud-, estrategia que denunciamos al analizar el fallo anterior, y que se ha infiltrado de manera imperceptible en nuestros Tribunales.

#### 3.3.3. “Fecundidad a toda costa”

El expediente expresamente da cuenta, según se lee en la sentencia del Tribunal, de las inseminaciones intrauterinas en **cuatro ciclos** efectuadas por la actora con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales, sin lograr el embarazo. Asimismo, da

cuenta de **un procedimiento** FIV (fertilización *in vitro*) ocurrido en 2004 y que también resultó fallido. ¿Cuántos embriones más deberán morir para satisfacer el “derecho a procrear” (léase deseo de procrear) de los actores?

Cita el Tribunal como fundamento del “derecho a procrear” el art. 20 1º párrafo<sup>740</sup> y art. 21 punto 4º<sup>741</sup> de la Constitución de la Ciudad. De estos arts. deduce el Tribunal que “la asistencia de los derechos reproductivos no puede limitarse al universo de personas “aptas” para la reproducción, salvo a fuerza de reconocer que la condición de infértil no es una enfermedad, es decir, una circunstancia que precisa protección en razón de los preceptos que obligan al Estado en materia de salud”. Y concluye: “el Estado se encuentra **obligado** a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona y no solamente a sostener a aquellos que no se ven afectados por impedimentos en su función reproductora” (el resaltado es nuestro). Cabe aclarar que la infertilidad no es una **enfermedad**<sup>742</sup> (más allá de que no concordamos

<sup>740</sup> Este artículo se asemeja a la noción de salud de la OMS y reza: “Se garantiza el **derecho a la salud integral** que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”. Y sostiene que “La enumeración efectuada por la norma citada demuestra que en materia de salud se encuentran definitivamente involucradas dos facetas esenciales del desarrollo humano, esto es, la posibilidad de **conservarse y reproducirse**; ambas constituyen los pilares que califican una vida como plena” (los resaltados son nuestros)

<sup>741</sup> El punto 4º del art. 21 se refiere a la salud reproductiva: la Ciudad “promueve la **maternidad y paternidad responsables**. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que **garanticen sus derechos reproductivos**” (los resaltados son nuestros).

<sup>742</sup> “**La esterilidad no es una enfermedad**: Así como la fiebre no es una dolencia, sino la consecuencia de una enfermedad –sea gripe, una infección, etc.-. De modo semejante, la esterilidad tampoco es una enfermedad, sino la consecuencia de una dolencia –sea la endometriosis, incapacidad de ovular, etc.-. Por otra parte, la fecundación artificial no es un procedimiento terapéutico, pues no previene ni cura ninguna enfermedad. Se limita a “fabricar” un hijo fuera del cuerpo materno. Sustituye a la naturaleza y por ello le corresponde el adjetivo de artificial. No previene ni cura la esterilidad; puesto que luego de dicho procedimiento, la mujer seguirá tan estéril como antes del mismo. Ahora bien, todo esto tiene una consecuencia jurídica evidente: si la esterilidad no es una enfermedad, y la fecundación artificial no es una acción terapéutica, va

con la noción de enfermedad esbozada). Sin embargo consideramos que el Estado deba contribuir a la prevención y curación de sus múltiples causas, entre otras razones, porque pensamos que el bien común se fortalece con familias numerosas y unidas. Pero nunca podrán “paliarse las deficiencias que impiden la reproducción natural de las personas” a cualquier costo, con medios inconstitucionales, sacrificando vidas humanas...

### 3.3.4. Deficiencias en materia reproductiva ¿contempladas en la normativa vigente?

Reconoce la Cámara que ha quedado probado ante la instancia de grado que la prestación solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio y que las leyes vigentes no contemplan “los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad **sobre los que aún pesa la discusión ético científica**” (los resaltados son nuestros). Pero, renglón seguido funda su resuelto favorable a la amparista en la **condición de ser humano de la persona estéril**<sup>743</sup>, hecho que nadie niega, y en “**las manifestaciones** que acerca de las deficiencias en la aptitud reproductiva han realizado los **organismos internacionales** en materia de salud” (el resaltado es nuestro), lo cual constituye una **afirmación dogmática** del Tribunal, ya que no se funda en ninguna norma de derecho internacional ni en el *ius gentium* o en el derecho natural. Y en caso que el Tribunal se refiera a “manifestaciones de los organismos internacionales” no plasmadas en un Tratado suscripto por Argentina, cabe preguntarse si las mismas son vinculantes para nuestros Tribunales. Entendemos que no<sup>744</sup>.

de suyo que tales procedimientos no pueden integrar el derecho constitucional a la salud”. SCALA, Jorge, *Fivet y Bioderecho...* *ibídem*.

<sup>743</sup> En efecto, la Cámara sostiene en el cons. 6: “No obstante, la **ausencia de reglamentación en la materia** no puede constituir un óbice para la admisión de la acción planteada. Es sabido que los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues no remiten en la pregunta por su origen a la letra de los textos legales, sino a **necesidades y posibilidades inherentes al individuo, al punto de caracterizar debidamente su condición de ser humano**” (los resaltados son nuestros).

<sup>744</sup> Como demuestra el Dr. BACH DE CHAZAL en un enjundioso artículo, “Los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no

### 3.3.5. Desfinanciamiento de la obra social

A continuación muestra el Tribunal un asombroso desconocimiento de la realidad de las obras sociales en Argentina, al exigir la demostración del “posible” riesgo de cobertura en los beneficios que sufrirían el resto de los afiliados, al ordenarse la cobertura en autos<sup>745</sup>. Nos hemos referido al tema al analizar el fallo anterior.

### 3.3.6. Importante disidencia del Dr. CENTANARO

#### 3.3.6.1. Improcedencia del amparo

Sostiene el Dr. Esteban CENTANARO que en autos se encuen-

son en verdad “actos jurisdiccionales”, sino expresiones y sugerencias que reflejan el parecer de un órgano –fundamental sí, pero no judicial- de la Organización de los Estados Americanos, cuya naturaleza es de carácter jurídico-política. No les corresponden, por consiguiente, las consecuencias propias de actos de esa naturaleza que, en el sistema interamericano de derechos humanos sólo son atribuibles a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que con todo acierto y en una doctrina que no ha desandado, la Corte Interamericana precisó de modo categórico e inequívoco que su incumplimiento no genera responsabilidad internacional” (Cfr. BACH DE CHAZAL, Ricardo, Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en “www.eldial.com”). Siendo ello así, mucho menos trascendencia jurídica tienen las simples “manifestaciones” de los organismos internacionales, a las que alude la Cámara en autos.

<sup>745</sup> En efecto, la Cámara sostiene que “sólo medios probatorios de estricta casuística podrían impedir la cobertura médica petitionada, pues en cuanto a su recepción propiamente jurídica el análisis hasta aquí efectuado demuestra su procedencia”. Una nueva incongruencia en el fallo, ya que había sostenido en el párrafo anterior que **la prestación solicitada por los actores no está incluida en el Plan Médico Obligatorio y que las leyes vigentes no contemplan “los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad sobre los que aún pesa la discusión ético científica”**. Y respecto del respaldo constitucional del derecho a procrear, hemos demostrado que no es tal: no es explícito en el texto constitucional ni en ningún Tratado de derechos humanos. Por el contrario, **el derecho a procrear al costo de sacrificar vidas humanas viola los derechos constitucionales fundamentales** de las personas. Continúa la Cámara afirmando: “Tal prueba... debería consistir en la demostración de que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados a la obra social”. “Sin la determinación específica de un **posible riesgo** en los beneficios que comparten los afiliados, debe prevalecer el **derecho invocado por la actora**, pues se ha concluido que **éste posee efectivamente un respaldo constitucional**” (el resaltado es nuestro).

tra ausente uno de los presupuestos esenciales para la procedencia del amparo, esto es, la posibilidad de resolver la cuestión sin necesidad de un largo y profundo **estudio de los hechos**<sup>746</sup> que conforman la materia debatida.

#### 3.3.6.2. Improcedencia de la acción por razones de fondo

##### 3.3.6.2.1. Falta de precisión legal

Luego de afirmar que no está en discusión que el derecho a la salud tiene rango constitucional, que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen, que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, en tanto la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, al malograr algunas de sus más profundas expectativas, en el Cons. 7 sostiene el Dr. CENTANARO que la prestación solicitada por los actores **no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio y no se han invocado otras normas vigentes en el orden local o nacional que obliguen a solventar prestaciones del tipo de la requerida**. Por el contrario, no existen en nuestro país leyes que regulen específicamente el tema. Por ello, en el Cons. 10 afirma que, previo a la adjudicación de la obligación legal de la cobertura en cabeza de la demandada, cabe aguardar la imprescindible

<sup>746</sup> Respecto de la necesidad de este estudio de los hechos, en el Cons. 13 destaca este voto que -en sus diferentes presentaciones- la demandada reafirma que el método ICSI es indicado en factores de infertilidad masculinos severos. En ausencia de esa etiología –tal como sucede en autos- se lo utiliza **solo a modo de consuelo**, omitiendo un examen de sus posibles consecuencias adversas. Añade el Dr. CENTANARO en el Cons. 14 que si bien hay pruebas en la causa acerca de la existencia de un trastorno de fertilidad, **faltan elementos para determinar cuál sería el tratamiento médico indicado al supuesto clínico de los actores**, de acuerdo a evidencia científica neutral o que, a todo evento, generan dudas respecto a la idoneidad de un procedimiento establecido para supuestos de infertilidad masculina. El Dr. CENTANARO no pasa por alto, por lo demás, que la empresa Procreate, seleccionada por los actores para realizar el tratamiento, es miembro de la entidad informante del expediente (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva), y que la Dra. KWATER, profesional de la ObSBA que indicara el procedimiento, es también prestadora de Procreate, de acuerdo a la información publicada en su página de Internet...

discusión legislativa y la sanción de la norma pertinente<sup>747</sup>. En el Cons. 9 considera que la existencia de un derecho a desarrollar con libertad la vida sexual de las personas, así como el deber de no interferencia en materia de planificación familiar, **no se traduce necesariamente en una obligación de tipo prestacional a cargo de la Obra Social demandada**<sup>748</sup>. Más bien, entendemos, los derechos enunciados por el magistrado -cuya existencia no compartimos, tal como hemos explicado anteriormente- generarían una obligación de no hacer por parte de las personas y el Estado que una obligación de dar por parte de la demandada.

### 3.3.6.2.2. Financiamiento del sistema y violación de sus principios rectores

La seguridad social, según la Recomendación 67 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>749</sup>, comprende el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad a fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una **protección suficiente** contra **ciertos riesgos** a los que se hallan expuestos y que les originan gastos imprevistos. Esta “suficiencia” -y no “totalidad”- de la protección, es una manifestación del principio de subsidiariedad de la seguridad social<sup>750</sup>.

<sup>747</sup> Reza el Cons. 11: “En efecto, sería una decisión **exclusiva** del legislador incluir o excluir, en un eventual marco legal, los casos clínicos y los procedimientos terapéuticos y técnicas que estarán facultados a utilizar los servicios que se ocupan de la procreación humana asistida; y la obligatoriedad o no de la prestación de los mismos” (los resaltados son nuestros).

<sup>748</sup> Se puede leer en el Cons. 9: “La incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales que la a quo tuvo en cuenta para fundar su sentencia se vinculan a la obligación del Estado de informar en un lenguaje claro y accesible las modalidades y alcances de la salud reproductiva y la procreación responsable; no es posible inferir de tales normas un deber genérico a cargo de la Obra Social demandada de solventar tratamientos que no han sido contemplados en el Plan Médico Obligatorio”.

<sup>749</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recomendación 67 sobre La seguridad de los medios de vida, (Filadelfia, 1944). Cit. por MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social, 2º edic. corregida y actualizada, 1º reimp. (Buenos Aires, 1991). Edit. Astrea. Pág. 578.

<sup>750</sup> Los principios de la seguridad social unánimemente aceptados por la doctrina son: solidaridad, subsidiariedad, inmediatez, irrenunciabilidad e igualdad. La subsi-

El resuelvo de la mayoría viola este principio de subsidiariedad<sup>751</sup>, el de justicia distributiva y el principio de igualdad que rigen el sistema de seguridad social, esbozados por la disidencia al hablar de la “imperiosa necesidad de evaluar el **impacto económico** que la obligación de cobertura de una prestación costosa —sin riesgo de vida y no prevista en el menú básico obligatorio— pueda tener en el financiamiento del sistema” (Cons. 10)<sup>752</sup>.

### 3.3.6.2.3. Violación de la división de poderes

Sostiene el disidente que si el Tribunal resolviese ahora -por vía de una aplicación extensiva o analógica de los textos constitucionales y legales involucrados- **ampliar** el alcance del Plan Médico Obligatorio, condenando a solventar la prestación requerida, estaría tomando una delicada decisión —posiblemente **más allá de**

diariedad se manifiesta en la **limitación de las respuestas** que ofrece la seguridad social a las diversas contingencias, llamado por la doctrina “compensación negativa”, en el sentido de que los beneficios no deben cubrir —salvo excepciones- la totalidad de los gastos realizados sino el “**mínimo vital para la subsistencia**”. Si no fuese así, se desvirtuarían la esencia y objeto de la seguridad social. Cfr. MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., Elementos del derecho del trabajo... ibídem, pág. 585.

<sup>751</sup> Consideramos —si bien no es la razón más importante que fundamenta nuestra crítica a este fallo- que las técnicas de fecundación artificial no constituyen un “mínimo vital para la subsistencia” (cfr. nota a pie de página anterior) de los afectados por la esterilidad, y por tanto no deben ser afrontadas por la obra social.

<sup>752</sup> El principio de igualdad (de la seguridad social) tiene dos puntas: el aspecto contributivo —en donde se relaciona con el principio de solidaridad- y el relativo al goce de los beneficios, que nos interesa particularmente. Éste último exige tratar igual a los iguales en circunstancias iguales (cfr. art. 16 C.N.). Consideramos que obligar a la obra social a la cobertura de estos tratamientos -no cubiertos por ley- por medio de un amparo, podría violar este principio, ya que no están en igualdad de condiciones quienes no han promovido la acción y lo hagan en el futuro, cuando posiblemente se haya desfinanciado el sistema, generándose una injusticia no sólo respecto de los que padecen esterilidad entre sí, sino también respecto de quienes necesiten acceder no sólo a tecnología médica de alta complejidad sino incluso a tratamientos sencillos.

Es lo que sostiene la disidencia en el Cons. 12, donde añade que la política de incluir tratamientos de alto costo, que se encuentran en muchos casos en etapas experimentales y carecen del debido encuadre legal, pone en riesgo las prestaciones básicas para todos los asociados y adherentes. Debe tenerse en cuenta **la equidad en el acceso a la biotecnología médica en general**, así como la capacidad del sistema para generar ingresos y soportar los costos adicionales que ello impone.

**sus facultades**— concerniente a la salud pública, pese a que no se dispone en esta causa de elementos para juzgar plausiblemente sobre la conveniencia de una regulación semejante. Siendo claro que, en el caso, una decisión como la pretendida por los actores excedería el ámbito de actuación que, constitucionalmente, se le ha fijado al Poder Judicial en desmedro de las atribuciones propias de otros departamentos del Estado, se estaría atentando gravemente contra el principio de división de poderes, fundamental en el marco de un Estado de Derecho. “Ello no implica desconocer que la interpretación constituye una tarea necesaria, fundamental y de principal relevancia en todo el ámbito jurídico”. “Pero el magistrado debe respetar la norma legal y no excederse en la tarea interpretativa desconociendo la voluntad de los legisladores”.

Estas dos afirmaciones del voto van en el mismo sentido que lo explicado por nosotros acerca del proceso de reinterpretación de los derechos humanos: los derechos naturales son reconocidos por las normas, por lo tanto no puede el Juez excederse en su interpretación -ampliándola- o reinterpretarlos.

### 3.4. ... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo<sup>753</sup>: fecundación con fines terapéuticos para terceros

El fallo que comentamos es el primero que se conoce en Argentina ordenando la fabricación de un “bebé concebido a la carta” para curar enfermedades<sup>754</sup> de su hermano nacido<sup>755</sup>. En efecto,

<sup>753</sup> CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re L., H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo (Expte. N° 11.578), 29/12/08, en “El Derecho” 233-31.

<sup>754</sup> Estamos frente al primer caso autorizado por la justicia argentina de lo que se denomina “fecundación con fines terapéuticos para terceros”.

<sup>755</sup> El procedimiento técnico para lograrlo consiste en el diagnóstico genético preimplantacional de embriones producidos *in vitro*. Una vez seleccionados aquellos que resultan idóneos, se implantan uno o dos en la madre y si se logra su anidación y desarrollo, al nacer el niño se recolecta la sangre de su cordón umbilical. Después de procesarla, se trasplantan las células madre del mismo al hermano enfermo, que logra de este modo la curación. El resto de embriones (“sobrantes”) son desechados. Esto ha sucedido en España —cuya legislación, que analizaremos en el capítulo siguiente, permite estas maniobras genéticas—, en los casos del niño Javier Mariscal PUERTA, concebido en el hospital sevillano Virgen del Rocío utilizando técnicas de fecundación *in vitro* y diagnóstico genético preimplantacional para ser 100% compa-

la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata condenó a IOMA y a OAM solidariamente a cubrir en un 100% todos los tratamientos de fertilización artificial extracorpórea necesarios a fin de permitir a la pareja promotora del amparo tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano nacido enfermo<sup>756</sup>. Habiendo probables embriones restantes, el Tribunal ordena que se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos, decretándose una medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y su descarte o destrucción. Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público, quienes deberán gestionar la inmediata cobertura por parte del Estado de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica autorizada). Los tres Camaristas votan en el mismo sentido.

### 3.4.1. Voto del Dr. TAZZA

#### 3.4.1.1 Agravios de la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (OAM)

Los agravios vertidos por OAM son los siguientes: a) más allá de la plausibilidad del reclamo, a OAM no le corresponde cubrir las prestaciones solicitadas, porque es una mutual (no una obra so-

tible con su hermano Andrés, de 7 años quien sufría una beta Talasemia mayor. Y por otro el de Erine CABRERA GONZÁLEZ, la pequeña de Manresa que logró curarse de una leucemia mielomonocítica crónica gracias a la sangre de cordón de su hermana Izel, quien fue también seleccionada genéticamente utilizando la misma técnica que se usó con Javier. Cfr. LOSADA PESCADOR, Agustín, Selección genética de embriones para usar la sangre de su cordón umbilical con un hermano enfermo, en “Cuadernos de Bioética” XX, 2009/3ª. Págs. 533-534.

<sup>756</sup> Así, mediante la fertilización artificial extracorpórea se producirán embriones y se seleccionará uno no portador de la enfermedad e histoidéntico al hermano enfermo, para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica.



cial ni una empresa de medicina prepaga), por lo que la cobertura debe ser brindada por el Estado<sup>757</sup>; b) no existe acto arbitrario de la OAM, porque sus afiliados conocen de antemano cuáles son las prestaciones cubiertas, y estos servicios de salud no están contemplados en ellas (Cfr. Cons. II).

### 3.4.1.1.2 Derecho a la salud “*versus*” derecho a la vida

Al primer agravio enunciado en el párrafo anterior, el Dr. TAZZA contesta con una referencia a la ley 24.754<sup>758</sup>, que le permite asimilar la demandada a una entidad que presta servicios de medicina prepaga, ya que el sistema generado por la mutual accionada la acerca a la naturaleza privada más que a la pública, puesto que la afiliación al sistema de salud que ofrece no es obligatoria.

A este silogismo le falta una premisa, ya que **no establece el Camarista en qué norma se dice que las obras sociales deban cubrir estos tratamientos**. Quizá pretenda deducirlo del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita: “**el derecho a la salud**, máxime cuando se trata de enfermedades graves, **está íntimamente relacionado con el derecho a la vida...**” (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros. El resaltado es nuestro). Pero el derecho a la salud del niño discapacitado de autos no puede sostenerse a costa del derecho a la vida de sus hermanos “producidos *in vitro*” y “congelados *sine die*”. En realidad no existen los conflictos de derechos, como si hubiese un listado de derechos por orden de prelación. Los conflictos son de intereses. En toda controversia judicial hay al menos dos intereses en juego. Pero un interés –ni siquiera cuando es legítimo, como en este caso la salud del niño discapacitado- puede convertirse en derecho<sup>759</sup> a costa de

<sup>757</sup> Como sustento de su argumentación, la apelante cita al art. 1 de la ley 24.754, así como algunos precedentes jurisprudenciales.

<sup>758</sup> La ley 24.754 determina que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455

<sup>759</sup> Para comprenderlo es necesario recordar que el derecho es el ordenamiento de la sociedad según criterios de justicia, y que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. Es decir que el derecho ordena la sociedad dando

la vida o salud de terceros -sus hermanos producidos *in vitro*-.

### 3.4.1.2. Agravios del Instituto de Obra Médico Asistencial

Los agravios de IOMA son los siguientes: a) el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo<sup>760</sup>; b) IOMA no está obligado a reconocer honorarios por tratamientos -como el que está en juego en autos- que se hallen en estado experimental<sup>761</sup>; c) debió valorarse otra alternativa terapéutica<sup>762</sup>; d) ninguna de las normas invocadas por el sentenciante conlleva al reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal; y que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud; e) inexistencia de ilegitimidad manifiesta en los actos del IOMA, lo cual obsta a la procedencia de la acción de amparo (Cfr. Cons. III).

#### 3.4.1.2.1. Tratamiento experimental

Cabe recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido recientemente sobre la no obligatoriedad de cobertura de los tratamientos experimentales<sup>763</sup>.

a cada uno lo suyo. En este caso, dos intereses en pugna, pero un solo derecho: el derecho a la vida de todo ser humano. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo III y IV de esta obra para fundar esta afirmación.

<sup>760</sup> IOMA alega que ello es inconstitucional y contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones

<sup>761</sup> Ello se desprende del art. 41 del decreto 7881/84 y de la bibliografía especializada y de diversos informes colectados en autos, que demuestran su carácter experimental.

<sup>762</sup> En especial, debió tenerse en cuenta la posibilidad de obtener células progenitoras hematopoyéticas mediante el INCUCAI y el sistema regulado por la ley 25.392 y la resolución 309/07.

<sup>763</sup> La Corte consideró que Unión Personal no está obligado a cubrir el tratamiento de una mujer con la vacuna T linfocitaria para combatir la esclerosis múltiple, porque se encuentra en “etapa de experimentación”. Los jueces advirtieron que no existe nor-

Ante la aseveración de IOMA de que el sentenciante sólo fundó la procedencia del tratamiento en la opinión del Comité Interdisciplinario de la Universidad Nacional de Mar del Plata, el Camarista contrapone otros elementos probatorios<sup>764</sup>. Sin perjuicio de ello, se aprecia al leer el voto, que la “cientificidad de la técnica” (expresión utilizada en el informe del mencionado Comité) no convence del todo al Camarista, ni le parece un argumento suficiente para fundar el resuelvo. Por eso, renglón seguido, aclara: “Desde el punto de vista ético, **no se está pensando en sacrificar al feto**, sino **seleccionando un hermano** que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin daño para el donante, **priorizando el principio de Beneficencia y No maleficencia**” (el resaltado es nuestro). Hemos hecho una apreciación crítica de este principio en el capítulo IV, al cual nos remitimos, pseudo-principio que permite concluir, como en el presente caso, que el fin justifica los medios...

Más allá de lo expuesto acerca de los tratamientos experimentales, consideramos que el tratamiento cuya cobertura se ordena en autos, ni siquiera puede considerarse tal, dado que tiene el 1% de posibilidades de éxito<sup>765</sup>.

ma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro s/ Recurso de hecho, 19/05/10, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=40229>.

<sup>764</sup> A saber: a) certificado suscripto por dos médicos (Dra. ZELAZKO y Dr. ROSEN-ZWEIG) pertenecientes al Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan, donde puede leerse: “El trasplante de precursores hematopoyéticos es una opción terapéutica válida y curativa para la EGC (...) Existe consenso en que las fuentes de precursores hematopoyéticos histoidénticos relacionados (familiares del receptor) representan la primera opción al momento de elegir donantes para este tratamiento”; b) el Dr. Roberto SANTORO se refiere al tratamiento curativo y sintetiza sus pasos **como si** no existiera otro, sin hacer ningún reparo al mismo, e incluso manifiesta que de las distintas variantes de la afección que padece el menor, estamos ante la peor, por lo cual es obvio que el tratamiento curativo es oportuno; c) informe del Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, que expresa: “(...) La técnica de diagnóstico preimplantatorio propuesta está hoy **científicamente avalada**” (el resaltado es nuestro).

<sup>765</sup> En efecto, “para obtener el material genético se debe efectuar un procedimiento de

### 3.4.1.2.2. Embriones “restantes”

El Dr. TAZZA se refiere a los embriones no histocompatibles, calificándolos de “restantes”<sup>766</sup>. Algo restante es algo sobrante, innecesario, un residuo, un resto, un desecho. Esta es una terminología inadecuada y que no se condice con el “respeto hacia sus derechos humanos”, su “dignidad” y el “derecho de los embriones” –expresiones estas utilizadas por el mismo Camarista en otros párrafos de su voto-.

### 3.4.1.2.3. El interés superior del niño... ¿de cuál de los niños involucrados en el fallo?

Como es de esperar, el Camarista prevé la controversia que el fallo suscitará en diversos ámbitos, razón por la cual intenta fundar su resuelvo en normas internacionales. Sostiene el Dr. TAZZA: “ante la existencia de controversia científica sobre la conveniencia del tratamiento... es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Si se lee íntegramente el voto, se aprecian serias contradicciones

fecundación artificial, con gametos provenientes de los padres del niño enfermo; sólo nacen vivos el 1,15% de los embriones generados artificialmente. Evidentemente estamos ante un método que no es experimental: **es un método fracasado**. Máxime si tenemos en cuenta que con el nacimiento del hermano, recién allí se podría comenzar la terapia –si es que el enfermo está aún vivo- y, como toda terapia, ésta tiene también un porcentaje de fracasos. Dicho de otro modo, y siendo muy optimistas, podemos concluir que la terapia “no experimental” sugerida por los médicos, tiene un 1% de probabilidades de éxito. Enfatizo que no hay antecedentes en la literatura médica, que protocolice un procedimiento con sólo el 1% de probabilidades de éxito. Tan es ello así que, en todo el mundo, son contados los casos semejantes: el primero fue Adam Nash, nacido en EE.UU., el 29.8.00; Valentín nació en Francia el 17.11.00; el 17.2.02 nació un niño en Gran Bretaña (cfr. Sambrizzi, Eduardo A., “Derecho y Eugenesia”, Ed. Educa, Buenos Aires, 2.004, págs. 162/3); y el año 2.008 fue el primer caso en España –aunque el procedimiento se realizó en EE.UU.-. Ante esta cruda realidad, cabe preguntarse: Esto ¿es medicina o magia?...”. SCALA, Jorge, Los jueces no son demiurgos, en “Revista Foro de Córdoba”, Año XX, N° 137, marzo de 2.010.

<sup>766</sup> “Una sugerencia bioética es que tratándose de una fecundación *in vitro*, y habiendo probables **embriones restantes**, debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos” (el resaltado es nuestro).

en las afirmaciones del Dr. TAZZA. El Camarista sostiene por una parte que con la concepción se inicia la existencia de la persona humana; pero por otra parte se refiere a algunas de esas personas como embriones “restantes” y ordena congelarlas -lo cual implicará la muerte de la mayoría de ellas-. ¿Cómo puede afirmar que su voto se funda en el interés superior del niño? ¿A qué niño se refiere? ¿Al niño nacido que padece una enfermedad o a todos los “niños-medicamento” que se producirán y descartarán –si no son histocompatibles- para intentar curarlo?

#### 3.4.1.2.4. Invasión de la esfera del Poder Legislativo mediante la reinterpretación de normas

Pretende el Camarista rehusar el agravio de la recurrente sobre la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud, mediante el argumento de su “interpretación”<sup>767</sup>, que no es tal, sino una reinterpretación del derecho a la salud que invade la esfera del Poder Legislativo.

#### 3.4.1.2.5. Cobertura médica para discapacitados no incluye estas técnicas

“El apelante manifiesta que no existe consagración legislativa del reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal. Ante ello, cabe acotar –en primer término- que no estamos ante un simple procedimiento de fecundación asistida petitionado en aras del derecho a la planificación familiar o a la paternidad, sino ante un procedimiento que tiene por fin –además de la paternidad- curar a un niño gravemente enfermo, y con discapacidad certificada y no controvertida por el recurrente” (del voto del Dr. TAZZA).

A esta argumentación del Dr. TAZZA cabe responder que la ley 24.901 establece el Sistema de **prestaciones básicas** en habilita-

<sup>767</sup> Afirma el Camarista: “Es evidente que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud, sino interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial”

ción y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, que, como refiere el fallo citado por el Camarista<sup>768</sup> respecto de la Obra Social del Ejército, “se halla compelida a cumplir los **requisitos mínimos** que la ley 24.901 (...) impone a las obras sociales que integran el sistema de salud en beneficio de todas las personas con discapacidad, posean o no cobertura social” (el resaltado es nuestro). Entre estas prestaciones básicas para discapacitados<sup>769</sup> no se encuentra comprendida la exigida en autos.

#### 3.4.1.2.6. Instrumentalización de la persona y dignidad humana

El Dr. TAZZA critica la instrumentalización de los embriones que se da mediante estas prácticas de fecundación artificial extracorpórea, pero las autoriza en el caso concreto<sup>770</sup>. ¿Acaso las personas son instrumentalizables, según las circunstancias<sup>771</sup> del

<sup>768</sup> CÁMARA NACIONAL FEDERAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SALA I, in re S., D. S. c/ Instituto Obra Social del Ejército, 13/12/05, en “La Ley” 30/6/06.

<sup>769</sup> Respecto de los discapacitados las prestaciones básicas están establecidas en la resolución MS 6080/03 de “Administración de Programas Especiales - Prestaciones Básicas Personas con Discapacidad”, que en su inciso 12 dispone que “Los módulos prestacionales excluyen provisión de medicamentos, prótesis y órtesis; estudios de diagnóstico y prácticas de laboratorio deberán cubrirse de acuerdo con lo mencionado por el Programa Médico Obligatorio vigente al momento de la prestación”. Y, como ya mostramos, el Programa Médico Obligatorio no incluye estas técnicas.

<sup>770</sup> A continuación argumenta el Camarista que “no escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de **instrumentalización de la persona humana** apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y **compartiendo desde un principio aquellos postulados** elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, **entiendo que en el caso particular** existen aristas especiales que aconsejan **la autorización de esta práctica** y el deber de cobertura por parte de los demandados... En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en **la única forma posible** y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos”. **Cabe aclarar que no todo lo técnicamente posible** (“única forma posible”, afirma el Camarista) **lo es desde un punto de vista jurídico**.

<sup>771</sup> Recordemos que la moralidad de un acto se da por la confluencia de tres elementos: objeto, fin y circunstancias.

caso? ¿Empezaremos, entonces, a sacrificar también a los ancianos para obtener donantes de órganos, quizá para sus nietos? Las consecuencias de estas afirmaciones del Dr. TAZZA no se corresponden con el ordenamiento jurídico argentino<sup>772</sup>.

### 3.4.1.2.7. Selección de embriones

El tratamiento autorizado por la Cámara - se agravia la recurrente- necesariamente conlleva la selección y consecuente descarte de embriones: enfermos e incluso sanos -por no ser histocompatibles<sup>773</sup> con el niño nacido que padece la enfermedad-. Pero

<sup>772</sup> De más está reiterar que nuestro derecho no hace acepción de personas, distinguiendo entre nacidos y no nacidos, ni entre los nacidos y los nacidos “para” el bienestar de terceros. Aunque el Camarista parece enrolarse en esta línea de pensamiento (“Y no se trata de crear con ello una subcategoría de ser humanos esencialmente destinados al bienestar de algunos”), en la misma frase se desdice y con su voto ordena que esto suceda (“sino de coadyuvar a dar vida a otro ser humano que además de la propia finalidad que tendrá por el sólo hecho de venir a este mundo se le sumará otra más trascendente como lo es el estar destinado a paliar las graves secuelas de la enfermedad que padece en la actualidad quien será su futuro hermano”). Nuestro derecho, al no hacer acepción de personas, prohíbe la instrumentalización de unos respecto de otros. Por esto, la sentencia no se ajusta al derecho natural ni positivo argentino.

Sostiene el Dr. HERNÁNDEZ que si la instrumentalización de una persona humana, tan bien exaltada en el voto, es algo que no admite excepciones, menos puede admitirse el procedimiento artificial cuando esto supone además otra instrumentación supererogatoria. Pues no sólo 1) se “fabrica” una persona, sino que 2) se la fabrica-para-curar-a-otro. En ese sentido, el fallo incurre en la causal de auto-contradicción en la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y debe ser revocado (si ha sido apelado) porque no se justifica la alteración del principio válido que reconoce pero luego contradice. Si se reconoce la dignidad de la persona humana embrión hay que tratarla en consecuencia. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, Breve comentario al fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en “Boletín de Bioderecho VII”, en “El Derecho”, 18/11/09.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto **fin en sí mismo** -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Cfr. Fallos: 316:479, votos concurrentes).

<sup>773</sup> La posibilidad de que dos hermanos resulten histoidénticos es de alrededor del 20-25% (Cfr. GLUCKMAN; DEVERGIE; THIERRY; ESPEROU-BOURDEAU; TRAI-NEAU; GERROTA, et al., Clinical applications of stem cell transfusion from cord blood and rationales for cord blood banking, “Bone Marrow Transplant” 1992; 9 (Suppl 1): 114-7. Cit. por GAMBÁ, Cecilia; MARCOS, María A.; TREVANI, Hugo; VAN DER

para el Camarista ello constituye un asunto que “no guarda un interés directo y concreto con las pretensiones que puede válidamente ostentar el Instituto”.

El voto es autocontradictorio, pues sostiene que las partes no pueden alegar la inconstitucionalidad por violación de la vida humana, pero a renglón seguido, y en la misma oración dice que “la cuestión amerita su tratamiento” porque se trata de una problemática “**de orden público** con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido el destino de embriones humanos” (el resaltado es nuestro)<sup>774</sup>.

Por otra parte, cabe resaltar que existe en el caso un interés directo y concreto de IOMA (la cual, conforme a su ley de creación<sup>775</sup>, es una “entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la presente ley y **realizará en la Provincia todos los fines del**

VELDE, Juan; MARCOS, Cintia Y.; THEILER, Graciela; ROSSI, Jorge; ZELASKO, Marta, FAINBOIM, Leonardo, DEL POZO, Ana E., Banco Público de Sangre de Cordón Umbilical: etapa inicial del Programa No Relacionado en Argentina, en [www.scielo.org.ar/pdf/abcl/v40n4/v40n4a09.pdf](http://www.scielo.org.ar/pdf/abcl/v40n4/v40n4a09.pdf)). Otro estudio realizado por un investigador del Hospital Reina Sofía de Córdoba, España, establece que “de forma natural, la probabilidad de gestar un niño compatible con su hermano enfermo es del 25%, disminuyendo hasta un 19% si esperamos que el niño que nazca se encuentre libre de la enfermedad y sea inmunocompatible para su hermano. Uniendo datos de amplios estudios realizados sobre selección de embriones con finalidad terapéutica, se constata una eficiencia del 1,75%” (Cfr. COLLAZO CHAO, Eliseo, Selección de embriones con finalidad terapéutica: aspectos éticos, en “Cuadernos de Bioética” XX, 2009/3, pág. 517). El Dr. SCALA menciona las siguientes estadísticas: “Con relación a la eficiencia de las técnicas de procrear artificialmente un niño sano, en vistas a una ulterior terapia para algún hermano, el estudio más reciente que recaba la información científica homologada sobre varios casos, “constata que a partir de 1130 embriones humanos sólo se pudieron conseguir 13 niños útiles. Es decir, la eficiencia de la técnica fue del 1,15% (Anuario de la Academia de Ciencias de Nueva York del Año 2.005, 1054; 223, 2005). Lo que significa que para poder producir un bebé medicamento útil para tratar a su hermano enfermo hay que dejar desechados a 50 embriones, hermanos suyos (Aznar, Justo, “Informe: Utilidad del uso de la sangre de cordón umbilical”, publicado en el Boletín Provida Press N° 313, del 12 de junio de 2.009, pág. 4. Destaco que, si bien el trabajo citado es de este año, la referencia corresponde a un estudio del año 2.005, disponible antes del dictado del fallo que comento)”. SCALA, Jorge, Los jueces no son demiurgos... *ibidem*.

<sup>774</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, Breve comentario al fallo de la Cámara Federal de Apelaciones... *ibidem*.

<sup>775</sup> Cfr. Ley 6.982, art. 2, y modificatorias (leyes 10.744, 10.861, 13123 y 13483).

**Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad** y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen<sup>776</sup>), pues realizar todos los fines del Estado<sup>777</sup> en materia Médico Asistencial **excluye necesariamente la selección de embriones y la criopreservación de los restantes** -sanos o enfermos- mediante técnicas de fertilización artificial, ya que se viola la dignidad humana y muy probablemente su derecho a la vida.

El prestigioso médico e investigador español Justo AZNAR<sup>778</sup>, propone como alternativa a la producción de bebés medicamento, la utilización de la sangre de cordón umbilical<sup>779</sup>. Al decir del Dr.

<sup>776</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>777</sup> El fin del Estado es el bien común, es decir, “la perfección de la vida social y política, el cual incluye como propiedad intrínseca la mayor capacidad concreta de actualización o perfección de las potencialidades de todos los miembros”. LAMAS, Félix A., *Ensayo sobre el Orden Social...* *ibidem*, pág. 40.

<sup>778</sup> “En el momento actual se dispone en el mundo de 400.000 unidades de sangre de cordón umbilical dispuestas para ser utilizadas y ya se han practicado más de 20.000 trasplantes, tanto a niños como adultos. Comentan los autores Gluckman, Elian y Roche, Vanderson (en la revista “Haematologica 94; 451-454; 2.009”) que la sangre de cordón umbilical ‘tiene ventajas teóricas debido a la inmadurez de las células de los recién nacidos’, lo que les da mayor tolerancia inmunológica por parte del receptor del trasplante”. Para lo que nos interesa: “De dichos estudios GLUCKMAN y ROCHE concluyen: ... 2) el uso de la sangre de cordón umbilical de individuos no relacionados familiarmente ha mostrado esperanzadores resultados, tanto en adultos como en niños”. AZNAR, Justo, *Informe: Utilidad del uso de la sangre de cordón umbilical*, en “Provida Press N° 313, del 12 de junio de 2.009, pág. 4. Cit. por SCALA, Jorge, *Los jueces no son demiurgos...* *ibidem*.

<sup>779</sup> “Al respecto, es importante subrayar que en la República Argentina, mediante la ley 25.392, se ha creado –en el año 2.000-, el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas; en el ámbito del INCUCAI, el cual ha previsto expresamente atender situaciones como el caso de marras, mediante la donación de las células, que resulten apropiadas para la acción terapéutica”. Cit. por SCALA, Jorge, *Los jueces no son demiurgos...* *ibidem*.

Cabe aclarar que las medidas cautelares que han tomado estado público sólo han suspendido los efectos de la resolución 69/09 del INCUCAI, dado que ésta “avanza sobre la voluntad contractual estableciendo la disposición eventual de los cordones umbilicales a los efectos de su uso alógeno (de otras personas), lo cual implica lisa y llanamente una “expropiación”, insólitamente dispuesta por una repartición pública cuyas normas ni siquiera tienen el carácter de decretos del Poder Ejecutivo. Lo expuesto es suficiente para descalificar la norma pues carece de todo fundamento constitucional que la justifique”. QUINTANA, Eduardo M., *Reiterada tacha judicial res-*

SCALA, este fallo eligió el camino terapéutico equivocado<sup>780</sup>, pues “al menos debió –como medida para mejor proveer-, oficiar al INCUCAI para comprobar la existencia o no de alguna unidad de sangre de cordón umbilical, con la mayor similitud inmunológica posible entre donante y paciente –a ser posible 6 de 6 antígenos HLA-. Lógicamente, de haber material genético apto, el caso quedaba resuelto fácilmente, enderezando la petición originaria de los amparistas, hacia el medio adecuado para lograr el fin deseado de intentar la curación de su hijo, utilizando para ello las existencias en los bancos de unidades de sangre<sup>781</sup>.”

Teniendo en cuenta los porcentajes antes mencionados de probabilidad de histocompatibilidad entre hermanos y de éxito del tratamiento de marras, puede calcularse la enorme cantidad de embriones que se desecharán a causa del fallo comentado, hasta encontrarse uno histocompatible con el niño enfermo de autos. Y

pecto de una resolución del INCUCAI regulatoria de la colecta y uso de CPH provenientes del cordón umbilical: nota a fallo CNCont.-adm. Fed., Sala IV, 15/10/2009. - Biocordcell Argentina S.A. - inc. med. c. EN - M° Salud - INCUCAI Resol. 69/09 s/ proceso de conocimiento, en “El Derecho”, 14/04/10, N° 12.482.

Es así que, en algunos casos, se ha decretado la inconstitucionalidad de la Resolución del INCUCAI (v.gr. en CÁMARA FEDERAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sala II, in re Azumendi Magdalena y otro c/ E.N. INCUCAI Resol 69/09 s/ amparo ley 16986 (Expte. 9657/2010), 02/12/2010).

Pero la ley 25.392 está vigente y es constitucional, y hubiese permitido tutelar los derechos del niño discapacitado, hijo de los actores de la causa que analizamos.

<sup>780</sup> “Para tratar de curar la enfermedad del niño en cuestión, hay –al menos-, dos alternativas terapéuticas: a) una que consiste en acudir a los bancos de células hematopoyéticas existentes en el país, a través del INCUCAI, para comprobar si existe alguna unidad de sangre de cordón umbilical compatible con las características genéticas del chico. Esta alternativa tiene varias ventajas evidentes: 1°) la rapidez para comenzar la terapia, si es que hubiere almacenada esa unidad; 2°) la gratuidad del procedimiento, pues la ley prevé para estos casos, la donación de la unidad compatible; 3°) no causa ningún dilema ético ni jurídico. b) Frente a ello, la otra alternativa es la escogida por el fallo comentado, cuyas desventajas son igualmente evidentes: 1°) el comienzo de la terapia requiere un mínimo de 10 meses de espera, más todo lo que tardó el juicio de amparo (sic), lo cual supone un alto riesgo de agravamiento de la dolencia del niño y, como mínimo, la innecesaria prolongación de sus padecimientos; 2°) sus costos son tan cuantiosos que no pueden siquiera presupuestarse –producción de un número indeterminado de embriones, y conservación de los “sobrantes” por tiempo indefinido-; 3°) los reparos jurídicos y éticos son muy graves y numerosos”. SCALA, Jorge, *Los jueces no son demiurgos...* *ibidem*.

<sup>781</sup> SCALA, Jorge, *Los jueces no son demiurgos...* *ibidem*.

este descarte de embriones será una consecuencia **directa** de la sentencia dictada por la Cámara. No niega el Dr. TAZZA que el descarte de embriones vaya a producirse: “En tal sentido, el ya referido informe del Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata alertó sobre la cuestión, pero no por ello descartó la procedencia del reclamo del amparista ni desaconsejó el tratamiento en cuestión”.

Nos preguntamos de qué sirve “alertar” sobre un problema posible y luego aconsejar que se pongan los medios para que ese problema se origine –tal es el proceder del Comité de Bioética mencionado-. Mucho menos puede un Juez basar su fallo en un informe de esta naturaleza.

#### 3.4.1.2.8. *Status* jurídico de estas “formas de vida”

Para decidir el destino que habrá que otorgarles a aquellos embriones supernumerarios o no transferidos resultantes de esta práctica, el Dr. TAZZA considera que en primer lugar debe establecer la condición jurídica de “estas formas de vida”, y asignarles –frente a un pretendido vacío legislativo que no es tal- un *status* que sea acorde con ello.

Luego de un análisis de la normativa y jurisprudencia argentinas, concluye con una afirmación de sentido común: “indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos”. Después de estas afirmaciones verdaderas, concluye falsamente: “no cabe duda alguna que el embrión –como tal- debe considerarse en términos de ser humano **aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico** de todo un proceso en desarrollo” (el resaltado es nuestro). ¿De qué premisa se vale para derivar tal conclusión? Idas y venidas en la argumentación. Silogismos a los que faltan premisas. “Sí, pero...”

Continuamos transcribiendo este voto: “los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de

sus características humanas... permitir el “descarte” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “utilización en el campo experimental” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana”. De aquí concluye que “necesariamente debe existir un “derecho del embrión” ¿Cómo se armoniza esto con lo que afirmó unos párrafos antes: “indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las **personas**, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende **sujeto de derechos**” (los resaltados son nuestros)? Si es persona -sujeto de derechos-, ¿por qué debe tener un *status* jurídico especial, un “derecho del embrión”? Estas consideraciones quedan refutadas por lo expuesto en el capítulo IV de esta obra. Un *status* especial sólo se justificaría para **augmentar** su protección legal, dada su fragilidad y riesgo de pérdida de su vida, y no para hacer su **protección menos intensa**, como aspira el Dr. TAZZA.

#### 3.4.1.2.9 Crioconservación

Este “derecho del embrión” disminuido en intensidad respecto de las demás personas comprende –según el Camarista- el “derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción”. Y vuelve a concluir sin seguir la lógica de sus premisas, que “**no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección**, que la técnica de la crioconservación de aquellos embriones que pudieran resultar sobrantes o “supernumerarios”, por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad **de esta forma de vida...** Lamentablemente –por el momento- no son muchas las alternativas que pueden asignarse a los embriones supernumerarios que son empleados en la especie para el objetivo emprendido” (los resaltados son nuestros). En efecto, no son muchas las alternativas; la alternativa **es una**, es jurídica y es clara: no autorizar las técnicas en el caso planteado para que no haya

embriones implantables y otros sobrantes”.

Nos preguntamos si la crioconservación –a la cual considera un complemento material para garantizar que los embriones sobrantes puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia- está destinada a la protección de los embriones o más bien a tranquilizar y adormecer las conciencias... No es lo mismo seleccionar, matar, descartar, que “congelar”<sup>782</sup> y pasarle el problema a otro. Respecto de la crioconservación indefinida, implica condenar a los embriones a interrumpir bruscamente su desarrollo (es decir, detener o paralizar el proceso biológico natural al que tiene derecho todo ser humano vivo) y a permanecer a 196 grados centígrados bajo cero, en un hábitat no acorde a la dignidad de la vida incipiente de un individuo humano.

El Camarista dispone que los gastos de crioconservación de los

<sup>782</sup> El Dr. HERNÁNDEZ señala con realismo que “si se cumple el mandato o la expresión de deseos de la Cámara, serán enfriados para parar el proceso y serán depositados hasta que se encuentre un destino mejor que la heladera. Dije “si se cumple el mandato de la Cámara” porque, conociendo la carencia de fondos para destinos que no dan votos ni tienen detrás un interés que movilice, conociendo los cortes de energía que sobrevienen a menudo y que el personal de los juzgados federales probablemente advierta mucho tiempo después, conociendo la burocracia judicial y lo que son los depósitos de cosas secuestradas en aquéllos, conociendo la falta de piel en el aprecio a la vida humana en la actual cultura abortista, máxime ante el acostumbramiento de ver todos los días esas cosas que no son cosas o el lugar en que están reservadas, pienso que acabo de enumerar sólo algunos de los previsibles obstáculos que los chiquitos congelados tendrán para sobrevivir. A lo que se sumará la falta de unidad de conducción: el expediente, si se apela, irá a Corte; para la ejecución de sentencia, a primera instancia; pero “la idea” surgió en la Cámara; cuando la sentencia quede firme quizá los elencos tribunalicios estén cambiados..., y tal vez los chicos congelados queden depositados en otra ciudad, en una clínica especializada que no sabemos con qué criterios bioéticos se maneja... Y también escribí “o expresión de deseos de la Cámara” porque en el fallo se lee que como no se pueden imponer al Estado los gastos de crioconservación ya que no ha sido demandado, sí se impone carga a la Defensa Pública Oficial (que tampoco ha sido demandada y de la cual los jueces no son autoridad jerárquica), la de conjuntamente con el tutor de los chicos “sobrantes” que se designe, ir a gestionar la cobertura de los gastos ante las autoridades. Orden cuestionable por un lado, que mi experiencia de hacer cumplir medidas judiciales al Estado y comunicarse con el mismo me hacen maliciar de muy difícil éxito, pero de la cual es fácil curarse en salud enviando una respectiva nota con un puntual certificado de cumplimiento y normal aviso de retorno y que previsiblemente quedará jurídica, pulcra y debidamente encarpeta”. HERNÁNDEZ, Héctor, *La dignidad de los chicos*, en “Diario La Capital”, (Mar del Plata, 05/02/09), pág. 16.

embriones restantes sean sufragados por el Estado Nacional, lo que equivale a decir que serán cubiertos en su mayor parte con lo recaudado en concepto de impuestos. Dejamos planteada la posibilidad de la objeción de conciencia en materia tributaria ante esta resolución.

### 3.4.1.2.10. Adopción de los embriones crioconservados

Ordena el Camarista congelar los embriones “sobrantes” y condiciona su descongelación a que se sancione la legislación aplicable al caso, o hasta que se dicte una resolución judicial que permita la adopción prenatal<sup>783</sup>. ¿Qué sucederá si esto no acaece? La congelación indefinida implica la muerte de los embriones. Refiriéndose a la crioconservación indefinida, LÓPEZ MORATALLA<sup>784</sup> afirma que “esa situación de proceso irreversible de muerte, se puede considerar una medida extraordinaria el mantenimiento indefinido de la crioconservación. El mantenimiento temporal crioconservado no añade beneficio a la vida del embrión. Solamente alarga la fase final de vida, lo que tampoco es justo. Por ello, descongelarles y dejarles morir no es matarles activamente, sino dejar de poner un **medio extraordinario que sólo alarga artificialmente la fase final de la vida en situación irreversible**” (el resaltado es nuestro).

<sup>783</sup> Propone el voto comentado que, “en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal que ampare y proteja sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente y se dieran los demás requisitos exigidos por la legislación argentina específica y aplicable al caso”.

Respecto de la orden del Dr. TAZZA de congelar los embriones sobrantes “hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal”, reiteramos la injusticia de la adopción prenatal, ya que existe un derecho del hijo a ser “concebido” y “gestado” por los propios padres, estableciendo así un vínculo ético irrompible entre la concepción y la gestación dentro del vientre de la misma mujer, de la misma madre (Cfr. Cap. IV de esta obra).

<sup>784</sup> Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Destino de los embriones congelados... ibídem.*

### 3.4.1.3. Voto del Dr. FERRO

#### 3.4.1.3.1. ¿Discriminación “de los bebés *in vitro*”?

Comparte este Camarista los fundamentos expuestos por el Juez preopinante –Dr. TAZZA- en torno a la cuestión de fondo. Añade que, tanto las prepagas como las obras sociales están obligadas a atender **todos** los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, **más allá de cómo hayan sido concebidos los bebés**, “puesto que, en caso contrario, sería una forma de discriminación hacia los bebés que nacen *in vitro*”. Nadie niega esta atención médica a los niños concebidos por fertilización *in vitro*. Pero nos parece que no es el *quid* de la cuestión analizada en el fallo, ya que se trata de la **cobertura médica a un niño discapacitado**, cobertura que implica producir embriones *in vitro*, seleccionar uno compatible y congelar el resto, en función de aquel tratamiento de curación del niño que sufre discapacidad.

#### 3.4.1.3.2. Objeto social de las asociaciones mutuales

Lo resuelto contradice el objeto social de toda mutual<sup>785</sup> en tanto estas técnicas no tienen por principal objeto el **bien común sino que lo vulneran directamente al poner en riesgo vidas humanas**<sup>786</sup>.

#### 3.4.1.3.3. Argumento eugenésico

Luego esboza el Dr. FERRO un argumento eugenésico: “debemos

<sup>785</sup> Las mutuales se rigen por la ley 20.321, en cuyo art. 2 se las define como “las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica”. En el art. 3 se establece que son “asociaciones”, “con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas”. El Código Civil, por su parte, establece en el art. 33 que tienen carácter privado “1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan **por principal objeto el bien común**, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar” (el resaltado es nuestro).

<sup>786</sup> Cfr. acápite “2.5. Hombre, animal social y político” del capítulo III.

tener presente que las técnicas de reproducción humana asistida, han ido abriendo cada vez más posibilidades para la **prevención del nacimiento de niños portadores de patologías transmitidas por sus progenitores**, que luego podrían padecer ellos mismos desde su infancia o adolescencia o tal vez mucho antes” (los resaltados son nuestros). En el caso, esta “prevención” se realizará mediante selección embrionaria –y consecuente descarte de embriones que pudiesen padecer en el futuro la misma enfermedad que su hermano nacido discapacitado- a través del diagnóstico genético preimplantacional.

#### 3.4.1.3.4. Fecundación “terapéutica”... para el niño nacido

Producir embriones con el propósito de utilizarlos para ayudar a los enfermos es totalmente incompatible con la dignidad humana, porque reduce la existencia de un ser humano, incluso en estado embrionario, a la categoría de instrumento<sup>787</sup>. Sin embargo, este es el argumento que usa el Camarista para fundar su voto<sup>788</sup>.

#### 3.4.1.3.5. Adopción prenatal

Afirma el Camarista que frente al “escozor” (sic) que el congelamiento de embriones ordenado en el fallo comentado le produce, sugiere la solución –al igual que el Dr. TAZZA- de la adopción de los mismos, previa autorización judicial. Pero va más allá que el Juez preopinante, ya que admite la **donación con fines de inves-**

<sup>787</sup> Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae...* *ibidem*, N° 30.

<sup>788</sup> “En el caso de marras, creo que lo más importante que tiene la pareja actora no pasa simplemente por tener otro hijo, sino de salvar la vida de otro hijo; entonces, a partir de esa base surgen aspectos legales que me imponen priorizar determinados derechos y normas en mérito a lo que está en juego”. Basa asimismo el Dr. FERRO sus argumentaciones en la legislación española, que admite lo que se denomina “fecundación terapéutica para terceros” –analizaremos esta autorización de la legislación española en el capítulo siguiente, y haremos una crítica, la cual es aplicable al caso presente-



**tigación**<sup>789</sup>. Con acierto se expresa Jorge SCALA al decir: “Un juez que condena a cadena perpetua a un reo de un crimen gravísimo, no puede sentir ningún “escozor” por hacer justicia. En todo caso, el “escozor” se lo debe producir el crimen del condenado, pero no la justa pena que él le aplica. En cambio si la condena fuera injusta, inmoral y antiética, sería comprensible que el fallo le produjera a tal juez, un gran “escozor”. Cuando hay una relación de causalidad necesaria, es jugar a demiurgo y, por tanto, es irracional pretender aceptar la causa y, simultáneamente, rechazar la consecuencia. Es más, cuando se rechaza la consecuencia, la obligación moral, ética y jurídica, es desestimar la causa”<sup>790</sup>. Reiteramos que la única solución jurídica hubiese sido evitar que el mal se produjera, prohibiendo en el caso la cobertura de estas técnicas por parte de la demandada.

### 3.4.2. Conclusión

No sin razón, reflexionaba la corresponsal en España del diario La Nación, respecto de la autorización en la legislación española<sup>791</sup> de la fecundación “terapéutica”, que **“lo que traes al mundo es un medicamento y no un hijo”**<sup>792</sup>. Un **niño-medicamento**, cuyo destino viene así prefijado por sus padres: ser una **“cosa”**<sup>793</sup> que **“sirva para curar o aliviar”** la enfermedad de su hermano, o sus secuelas. Resulta sorprendente leer en el fallo que “En cuanto a la negativa de la cobertura de las

<sup>789</sup> “De no accederse a tales destinos, otros posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, siguiendo la legislación española, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, serían la donación con fines reproductivos o con fines de investigación”.

<sup>790</sup> SCALA, Jorge, *Los jueces no son demiurgos...* *ibidem*.

<sup>791</sup> Cfr. Ley de Reproducción Asistida N° 14/2006 y modif.

<sup>792</sup> PISANI, Silvia, *Divide a España una polémica ley para elegir embriones. Se usará con fines terapéuticos, pero sólo entre hermanos*, en “La Nación” del 17/02/06, [www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota\\_id=781407](http://www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota_id=781407)

<sup>793</sup> Un medicamento es una **“sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta”** (los resaltados son nuestros). REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española...* *ibidem*.

prestadoras que surgen del expediente (...) consideramos que la salud es un derecho y un bien primario que le asiste a todo ser humano y que no puede ser tratado como una **mercancía** de costo-beneficio económico” (el resaltado es nuestro). ¡Precisamente como una mercancía se trata a los embriones a producir *in vitro*! Por ello califica a los hermanos de este embrión-medicamento como embriones “restantes”<sup>794</sup>. En definitiva, “para intentar la justificación de su errónea decisión, los magistrados relativizaron lo absoluto y, simultáneamente, absolutizaron lo relativo. En pocas palabras: absolutizaron un procedimiento técnico sin perspectivas -a cualquier costo-, para lo cual relativizaron la tutela absoluta de la vida de todo ser humano inocente”<sup>795</sup>.

<sup>794</sup> Ese niño-medicamento es, al igual que todo niño, un ser humano y como tal, única criatura que **Dios ha querido para sí mismo, es fin en sí, y no puede ser tratado como medio para alcanzar ningún otro fin, por muy noble que pueda parecer**. Este fallo es la realización de lo que en forma de admonición describiera HUXLEY: “Y ésta -dijo el Director abriendo la puerta- es la Sala de Fertilización. Y éste -sentenció- **éste es el secreto de la felicidad y la virtud**: amar lo que uno tiene que hacer. Todo condicionamiento tiende a esto: a lograr **que la gente ame su inevitable destino social**” (los resaltados y la traducción son nuestros. “*And this*” said the Director opening the door, “*is the Fertilizing Room*”. “*And that*”, put the Director sententiously, “*that is the secret of happiness and virtue –liking what you’ve got to do. All conditioning aims at that: making people like their unescapable social destiny*”) (HUXLEY, Aldous, *Brave New World*, (Un mundo feliz) 28° edic., (s/l, 1994). Edit. Flamingo. Cap. I *in fine*. Traducción propia). **Un mundo feliz** nos cuestiona hoy. Aldous HUXLEY nos presentaba hace un siglo, una sociedad en la que la masa de individuos es feliz porque está “conforme” con el destino que le tocó en suerte. Esta “felicidad de la masa” se consigue a costa de **suprimir la libertad del hombre desde su concepción**, condicionándolo genéticamente **para que cumpla el rol que la sociedad “necesita” que desempeñe**. Así, la humanidad reinstaura la esclavitud so pretexto de alcanzar la felicidad. Se aniquila la libertad de los más débiles e indefensos en aras de la “felicidad” de los más fuertes. Así, se justifica el “uso” de la persona por nacer, se niegan sus derechos personales, aunque paradójicamente se enarbolan la bandera de los vapuleados “derechos humanos”. En pocas palabras, estamos frente a los nuevos totalitarismos, los totalitarismos del siglo XXI, que al igual que los de la pasada centuria, convierten a las personas en meros “instrumentos” al servicio de los más fuertes.

<sup>795</sup> Por otra parte, cabe “recordar a los magistrados, que su única función en la sociedad es la *iurisdictio*—decir el derecho—o, lo que es lo mismo: hacer justicia dando a cada uno lo suyo. Ni más, ni menos; sólo lo suyo —el *ius suum* o la *res sua*—. Los jueces están sólo para eso. No deben intentar hacer felices a los ciudadanos, curar sus enfermedades, ni solucionarles sus problemas. Sólo será feliz aquél que haya aprendido a amar, quienes curan son los médicos, y los problemas los soluciona cada quien, con el concurso de sus seres queridos; allí no hay lugar para la judicatura...

### 3.5. P., M. E. y otros c/ Obsba<sup>796</sup>: maternidad subrogada

#### 3.5.1. Hechos

El 24 de noviembre de 2009 la Sra. Juez a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires, Elena LIBERATORI, hizo lugar a una medida cautelar solicitada -en el marco de un amparo- por dos mujeres lesbianas para que la Obra Social de la Ciudad (Obsba) les otorgue cobertura de técnicas de fecundación extracorpórea ICSI para que puedan tener un hijo en común, con óvulos de una de ellas que, una vez fecundados con semen de un tercero donante, se implantarían en el útero de la otra.

#### 3.5.2. Improcedencia del amparo incoado

En primer lugar cabe señalar que la vía elegida por las actoras

Para curar un enfermo no es justo ni razonable, fabricar primero, y eliminar o congelar después, 99 seres humanos. No puede considerarse acción terapéutica, a la que implica la muerte deliberada de algunos seres humanos y el congelamiento *sine die* de otros. El decisorio es irracional. Constituye un paradigma de la injusticia. No es un acto jurisdiccional, sino sólo su apariencia... Casos como el de marras son -¿qué duda cabe?-, sumamente dolorosos. Ahora bien, el dolor es un acompañante habitual de los seres humanos, es parte de nuestra condición limitada y finita. Como bien sostuvo en su voto en un caso similar por su dramatismo, un anterior presidente de la C.S.J.N.: "Las consideraciones de los magistrados al respecto no son otra cosa que un conjunto de generalidades que ya fueron reseñadas y que confunden sufrimiento humano con peligro para la salud psíquica. Es evidente que una situación dramática como la que vive la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo familiar. Sin embargo los jueces no pueden autorizar la interrupción de una vida por el sufrimiento que una enfermedad mortal cause; y si no pueden hacerlo para aliviar el dolor del que padece la enfermedad, mucho menos como remedio a favor de aquellos que no la sufren. Con menor razón aún debe ceder el derecho a la vida por motivos eugenésicos" ("C.S.J.N., *in re*: "Tanus Silvia c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/Amparo", del 11.1.01, Considerando 10 del voto del Dr. Nazareno)". SCALA, Jorge, Los jueces no son demiurgos... *ibidem*.

<sup>796</sup> JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 5 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *in re* P., M. E. y otros c/ Obsba, 24/11/09, en "El Derecho" 15/03/2010, N° 12.463.

es improcedente<sup>797</sup>. SAMBRIZZI<sup>798</sup> señala al respecto que la prestación de la técnica en cuestión no es una obligación que norma alguna haga recaer sobre la demandada<sup>799</sup>. Además, en el caso, la propia Juez reconoció en forma expresa en su resolución que no se está "ante una manifiesta arbitrariedad por parte de la obra social ya que (...) estos tratamientos no se hallan económicamente cubiertos en forma general y universal para los afiliados". Señala, por último, con relación al derecho a procrear, que éste no debe ser entendido en el sentido de un derecho subjetivo a tener un hijo -y una obligación correlativa de un tercero de procurárselo-, sino de un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en la decisión de dos personas a procrear en forma natural. Lo que no ocurre en el supuesto de la procreación asistida, en que necesariamente se requiere la intervención de otras personas distintas de la pareja, además de que tampoco existe persona alguna obligada a procurarle un hijo<sup>800</sup>.

#### 3.5.3. La sentencia autoriza la maternidad subrogada

<sup>797</sup> En efecto, no se evidencia en el caso que la negativa de la demandada a hacerse cargo del tratamiento de fertilización asistida de las actoras lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>798</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., Improcedente medida cautelar que posibilita la maternidad de una homosexual con células germinales de terceros, en "El Derecho", 15/03/10, N° 12.463.

<sup>799</sup> Ni el Plan Médico Obligatorio -al que están sujetas las obras sociales y entidades de medicina prepaga- ni la ley 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, incluyen en forma expresa el tratamiento de la infertilidad dentro de la rama del derecho a la salud.

<sup>800</sup> Reiteramos lo explicado en capítulos anteriores: el inexistente "derecho a procrear" -tal como lo entiende la Juez en autos- tendería hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos como si aquéllos tuvieran un "derecho subjetivo al hijo" -olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho-, que debe satisfacerse no importando a costa de qué o de quién. Falta en el caso no sólo el sujeto activo, sino también el sujeto pasivo de ese pretendido derecho. Admitir la existencia de un derecho al hijo sería reducir a éste a una condición semejante a la de las cosas. Por otra parte, el supuesto "derecho al hijo" nunca puede esgrimirse a costa de la crioconservación y eventual descarte -muerte- de los otros hijos. Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., Improcedente medida cautelar... *ibidem*.

Se trata en autos, según lo reconocen las amparistas, de la fecundación de un óvulo de una mujer con semen de un tercero, para que otra mujer distinta de la primera lo geste, configurándose claramente un caso de maternidad subrogada, implícitamente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo hemos demostrado en el capítulo IV de esta obra<sup>801</sup>. Asimismo el fallo, al autorizar una fecundación heteróloga, socava el carácter de orden público que reviste la institución familiar y viola el derecho a la identidad<sup>802</sup> de los niños así concebidos.

<sup>801</sup> A mayor abundamiento citamos las consideraciones del Dr. SAMBRIZZI, quien explica que, por ser la capacidad generativa indisponible, intransferible y personalísima, este tipo de actos es ilícito (cfr. art. 953 C.C.). Dado que a la coactora que se propone gestar al niño se le va a implantar un embrión obtenido con un óvulo y semen de terceras personas (en cuanto al semen, de un donante anónimo), en el caso se tratará de una fecundación heteróloga –por partida doble–, lo cual constituye una circunstancia más que debió haber llevado al rechazo de la medida cautelar y también de la acción. En efecto, continúa explicando el jurista, un procedimiento de esa especie no se encuentra permitido (cfr. principio de indisponibilidad del estado civil de las personas, art. 845 y concordantes del C.C.), debido a que un acto de esa naturaleza supone disponer por un acto particular del estado civil de la persona por nacer, quien se verá privada desde un comienzo y en forma deliberada de sus ascendientes. Además, la situación que resulta de la fecundación heteróloga supone la procreación de hijos que desde un comienzo tienen ya sea un padre o una madre distinta de la genética, desdoblamiento que ha sido sumamente criticado por los psicólogos, por considerar dicha situación como contraria al interés del hijo. Los psicólogos describen la necesidad que tiene el ser humano y que se encuentra profundamente enraizada en él, de conocer quién es su progenitor, para de tal manera evitar la muerte simbólica del padre, o el vacío de la ascendencia. Recuerda asimismo el jurista citado que en la mayor parte de las legislaciones que se ocupan del tema se priva a los embriones concebidos en forma extracorpórea del derecho de conocer su propia identidad, al declarar y mantener en forma rigurosa el anonimato del donante que, por lo general, sólo en supuestos muy especiales es dejado sin efecto. Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Improcedente medida cautelar...* *ibidem*. Reiteramos asimismo que el derecho a la identidad de estos niños es violado también por los Centros que practican estas técnicas, tal como explicamos en los capítulos III y IV de esta obra.

<sup>802</sup> Cabe preguntarse si “pueden dos personas por su voluntad individual someter a otra (hijo de ambas) negándole su derecho personalísimo a conocer su verdadero origen biológico. De esta manera, no sólo violaríamos el principio tan caro al derecho contractual del *res inter alios acta*, permitiendo que por la voluntad de los contratantes se afecte a terceros, sino que, de hacerlo vulneraríamos el más trascendente de nuestros derechos: **el de saber quiénes somos, de dónde venimos, cuál es la base nuestro material genético**. Con todas las consecuencias que de ello derivan. Sencillamente, no es concebible (o lícito) que dos personas impongan pautas de vida a otra, utilizando como medio para ello la autonomía de la voluntad. Se ha dicho a fin

Un estudio de la Commission on Parenthood's Future titulado My Daddy's Name is Donor: A New Study of Young Adults Conceived Through Sperm Donation (El nombre de mi papá es Donante: un nuevo estudio sobre adultos jóvenes concebidos por la donación de esperma<sup>803</sup>), revela que los niños que nacen de este modo cargan sobre sus espaldas de por vida el hecho de tener un padre que sólo lo es por una transacción comercial, sin que el donante pensara nunca en ellos<sup>804</sup>.

de permitir la licencia indeterminada para usar técnicas que posibiliten a las mujeres tener hijos sin necesidad de tener acceso carnal con un hombre y padre para el hijo que, implícitamente el derecho a la reproducción existe al apoyarse en el llamado “**derecho a fundar una familia**” (existente en la Declaración de los Derechos humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Carta de los Derechos de la Familia, Encíclica *Pacem in terris*). Otros alegan valores humanos de libertad, igualdad, no discriminación, etcétera. *A priori*, ninguno de estos postulados puede sostenerse con solvencia ante el avasallador argumento que es el **respeto por la verdad biológica**. En verdad, de lo que se trata es de valorar a la persona humana como individuo único e irrepetible que es. Suele pregonarse la conveniencia de mantener en el anonimato al donante de los espermatozoides que servirán para fecundar a la mujer (futura mamá) sin pareja, en virtud al apotegma de que: “El donante no tiene intención de procrear”. Sin mayor dilación diré que si queremos tratar este tema con seriedad, resulta nimio esgrimir posturas como las que anteceden. Excluir de la donación o venta de gametos la *intención procreacional* es consecuencia de suponer que es lo mismo donar sangre o cualquier órgano no reproductor que un ovario, semen u óvulos. Estos elementos del cuerpo sin duda serán utilizados para concebir seres humanos. El problema aquí es que por más que lo ocultemos existirá un hijo con un padre por el mundo y, consecuentemente, un padre que queriéndolo o no lo ha sido. Ciertamente, si nuestro derecho se permite presumir tantas cosas absurdas como por ejemplo la “igualdad de todos los hombres ante la ley”, **debería también presumir que quien dona espermatozoides a un banco destinado a venderlos a mujeres que desean tener hijos sin un hombre que las fecunde, está prestando tácitamente su voluntad de tener un hijo**. De permitir este tipo de prácticas estaremos legitimando el uso irresponsable de la autonomía de la voluntad. Creemos sí, que si protegiésemos integralmente al semen y a los óvulos conjuraríamos muchos de estos entresijos. Sin más, no es complicada ni extremadamente revolucionaria nuestra propuesta, solamente importa proteger un objeto y su función. Más aún, implica conjurar un problema íntimamente ligado a la salvaguarda del género humano”. La Protección de los gametos como medio de dignificar el comienzo de la existencia de la persona humana. Consideración especial del pretendido Derecho de la mujer a la procreación independiente, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil *Premio “Prof. Dr. Guillermo A. Borda”*.

<sup>803</sup> Cit. por FLYNN, John, Paternidad anónima: Las consecuencias de donar esperma, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS100620, 20/06/10, www.zenit.org.

<sup>804</sup> El estudio -elaborado por Elizabeth MARQUARDT, Norval D. GLENN y Karen

CLARK-, muestra que entre 30.000 y 60.000 niños nacen cada año en Estados Unidos a través de la donación de esperma. Sin embargo se trata de una estimación a la baja, puesto que ningún organismo recoge estadísticas de estos procedimientos. Por otra parte la donación de esperma es un fenómeno internacional. Personas de todo el mundo -según el informe- buscan donantes de esperma en Estados Unidos debido a la falta de reglamentaciones, y países como Dinamarca, India y Sudáfrica proporcionan también donantes de esperma a un floreciente mercado de turismo de fertilidad. Las mujeres van de compras de donantes en catálogos *online* que comparan cualidades físicas, inteligencia y logros profesionales, y todo lo que necesitan hacer es pagar la transacción. Para estudiar la situación de los adultos concebido por medio de la donación de esperma, los autores entrevistaron a más de un millón de hogares y, luego, presentaron una muestra representativa de 485 adultos entre los 18 y 45 años que decían que sus madres habían utilizado esperma donado. Se les comparaba con un grupo de 562 adultos que fueron adoptados de niños, y 563 adultos que crecieron con sus padres biológicos. Las conclusiones a las que arriban son que, de media, los adultos jóvenes concebidos a través de la donación de esperma sufren más, están más confusos y se sienten más aislados de sus familias”, según indica el informe. No menos del 65% de los adultos concebidos por estas donaciones estuvieron de acuerdo durante la entrevista con la siguiente afirmación: “El donante de esperma es la mitad de lo que yo soy”. Incluso las madres admiten su curiosidad por saber quién es el padre su hijo. Sólo un poco menos de la mitad de estos adultos expresaron su malestar con sus orígenes, y muchos de ellos afirmaron que es una preocupación frecuente que tienen. Algunos de ellos se han sentido como monstruos – el resultado de experimentos de laboratorio – mientras que otros tienen problemas de identidad. El hecho de que en el proceso esté mezclado el dinero ha sido también causa de preocupación para muchos. Otros expresaron su malestar por haber sido un producto diseñado para satisfacer los deseos de sus padres. Y no menos del 70% admitían haberse preguntado cómo era la familia de su donante de esperma. Las preocupaciones de la descendencia de los donantes de esperma no se limitan a temas como la identidad o la familia, sino que se extienden a lo médico. El informe señala que algunos donantes han engendrado docenas de niños, y hay casos de cien o más. Así que de adultos estos niños están preocupados por no conocer a sus medio hermanos, o que sus hijos puedan encontrarse con el hijo de un medio hermano. El estudio analizó también temas sociales y psicológicos. Preguntados si antes de los 25 años habían tenido problemas con la ley, el 21% de los hijos de donantes dijeron que sí. Las cifras correspondientes a los hijos adoptados y a los hijos que crecieron con sus padres biológicos fueron 18% y 11% respectivamente. Se informó de resultados similares para problemas como el alcohol y el abuso de sustancias. Estos resultados permanecen constantes incluso cuando se controlan los resultados de variables de estatus socio-económico y de otro tipo. En relación a los factores variables, una serie de interesantes datos surgidos del estudio fue que el 36% de los hijos de donantes dijeron que habían crecido como católicos, en comparación con el 22% de las familias adoptivas, y el 28% que creció con sus padres biológicos. Este es un descubrimiento que llama la atención, comentaba el informe, dada la oposición de la Iglesia católica a este tipo de prácticas. Además, el 32% de los adultos hijos de donantes dijeron que el catolicismo todavía es su religión. En contraste, un gran número de católicos

### 3.5.4. Derecho a una familia basada en un matrimonio entre varón y mujer

La resolución que analizamos viola diversos tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a nuestra Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22<sup>805</sup>, al negar a los embriones

en los otros dos grupos de control habían abandonado la Iglesia. Otra dificultad que sufren los hijos de esperma donado es el secreto sobre sus orígenes. En la mayoría de los casos, los padres dejan que el hijo crea al principio que está biológicamente relacionado con ambos. Luego, cuando el niño descubre finalmente la verdad, siente que se le ha mentido y que la relación con el padre está adulterada. Esto deja un poso de desconfianza, por lo que el 47% de ellos declara que, mientras crecían, su madre pudo haberles mentido sobre temas importantes. Esto tiene como elemento de comparación el 27% para los que fueron adoptados y el 18% para los que crecieron con sus padres biológicos. La preocupación de que el padre haya podido mentir da resultados similares. No es de sorprender que una gran mayoría de los adultos concebidos a través de la donación de esperma expresen su apoyo a que se sepa todo. Esto incluye la identidad del donante y el derecho a tener algún tipo de relación con él. También dicen que querrían saber sobre la existencia y el número de sus medio hermanos. Según establece ahora, la ley en Estados Unidos no les da ninguno de estos derechos. Protege, de hecho, a los donantes y a las clínicas de fertilidad a costa de los hijos concebidos. Pero los problemas no terminan con el secreto. Los resultados del estudio mostraron que el 44% de los adultos concebidos por donación se sentían cómodos con la concepción por donación, siempre que los padres digan a sus hijos la verdad, preferiblemente a una edad temprana. Sin embargo, el 36% tenía reserva incluso aunque los padres dijeran la verdad, y el 11% dijo que es duro para los hijos aunque los padres manejaran bien el asunto. De hecho el informe comentaba que “sólo la franqueza no parece que resuelva las potenciales pérdidas, la confusión y los riesgos que se derivan de hijos concebidos deliberadamente para que crezcan faltando al menos uno de sus padres biológicos”. El informe concluye con una serie de recomendaciones. Entre ellas, la observación de que ningún tratamiento médico tiene tan vastas implicaciones para una persona que no lo buscó –el descendiente. COMMISSION ON PARENTHOOD'S FUTURE, *My Daddy's Name is Donor: A New Study of Young Adults Conceived Through Sperm Donation* (El nombre de mi papá es Donante: un nuevo estudio sobre adultos jóvenes concebidos por la donación de esperma). Cit. por FLYNN, John, *Paternalidad anónima: Las consecuencias de donar esperma*, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS100620, 20/06/10, www.zenit.org.

<sup>805</sup> En efecto, “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1). La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.1) establece que ese derecho a la protección de la sociedad y del Estado es a su vez un deber a cargo de éstos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Por ello, “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección

que se producirán como consecuencia del fallo la posibilidad de crecer en el seno de una familia basada en un matrimonio entre

y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1). En consecuencia, existe una **obligación mínima** de los tres poderes del **Estado** (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) de **proteger la familia como institución natural**. Esa familia **se basa**, conforme lo reconocen los tratados de derechos humanos, **en el matrimonio entre varón y mujer**. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, inc. 2) “reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. Y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, inc.1) reconoce que “los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y formar una familia”. **En consecuencia, para el derecho de los derechos humanos, el matrimonio tiene por fin natural y jurídico la formación de una familia**. Y “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16, inc.2; Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 23, inc. 3, Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 17 inc. 3). La plenitud del consentimiento implica que no puede haber condiciones -ni suspensivas ni resolutorias- al momento de celebrarse, por parte de los cónyuges en cuanto a su disposición de cumplir los fines naturales del matrimonio (Cfr. SCALA, Jorge, *Uniones homosexuales y derechos humanos*, en “Persona y Bioética”, enero-junio año/Vol. 9, N° 024, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia. Pág. 86-100). Esto impide la posibilidad de darse matrimonio entre personas del mismo sexo, dado que voluntariamente excluyen el fin natural procreativo. Por otra parte, “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). La familia a la que se refiere, por aplicación del principio de complementariedad de los tratados, es aquella tal como la conciben los tratados de derechos humanos enumerados. “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (art. 18 inc. 1). **El interés superior del niño, entonces, es crecer en el seno de una familia basada en un matrimonio entre varón y mujer**. La ley 26.061, reglamentaria de la Convención, entiende por interés superior del niño la **máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías** reconocidos por las normas.

varón y mujer<sup>806</sup>. Así -señala SAMBRIZZI<sup>807</sup>- la Juez sólo parece haber tenido en cuenta el interés de las demandantes, en lugar del interés superior del niño<sup>808</sup>, cuya preeminencia es innegable. “Si bien en forma natural se puede asumir la responsabilidad de traer un huérfano de padre al mundo, esto no puede provenir de un acto médico protegido por el Estado, que tiene el deber de velar por el respeto de los derechos del niño a nacer, entre los cuales se encuentra el derecho a nacer en una familia con una imagen materna y paterna. En este caso, debe necesariamente ceder el interés individual a procrear frente al derecho superior del niño”<sup>809</sup>.

### 3.5.5. Naturaleza jurídica del semen y los óvulos

En relación a la naturaleza jurídica de los gametos humanos se pueden enunciar dos teorías: a) Se los considera cosas, al igual que todas las partes renovables del cuerpo humano (cabellos, leche de

<sup>806</sup> Sobre la reforma del régimen matrimonial establecido en el Código Civil, la COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011) concluyó que “La ley 26.618 es inconstitucional. Se recomienda derogar la ley 26.618 y establecer un régimen de convivencias asistenciales... La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia... No se aplica la presunción de paternidad del art. 243 C.C. a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo”. También sugerimos consultar LIMODIO, Gabriel, *El proyecto de ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo*, en “El Derecho” 238, 18/06/2010, N° 12.527.

<sup>807</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Improcedente medida cautelar...* *ibidem*.

<sup>808</sup> “En la resolución se facilita a las demandantes lo requerido por éstas, que tendrá como resultado que el niño nazca sin un padre, y ello no por una circunstancia accidental, sino expresamente contemplada y admitida. Con lo que se causaría al niño un daño preanunciado –que debería ser evitado–, por la privación que sufriría el mismo por el hecho de no contar con la figura tanto del padre como de la madre, capaces de representar la polaridad sexual conyugal, que es fundamental para la neta identificación sexual de la persona. Por otra parte, el solo hecho de resultar necesaria para la fecundación la utilización de semen de un tercero ajeno a los interesados, debió haber constituido una razón suficiente para el rechazo de la acción, por el cuestionamiento ético de que ha sido objeto dicho procedimiento, y los posibles daños que ello puede llegar a causar no sólo a los padres sino también al hijo, cuyo interés superior debe ser preservado”. Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Improcedente medida cautelar...* *ibidem*.

<sup>809</sup> *La Protección de los gametos...* *ibidem*.

madre, piel, sangre). Mientras permanezcan unidos a la persona, integran su sustrato físico y participan de su naturaleza, pero una vez separados de aquella, se consideran cosas e ingresarían en el comercio.

Ante esta teoría, que en sus consecuencias está reñida con la ley natural, la moral y las buenas costumbres (cfr. art. 19 C.N.), se elaboró otra que establece que b) los gametos son bienes de la personalidad, pues son portadores de rasgos físicos y psíquicos de la persona<sup>810</sup>. “Integran la misma personalidad y por ello, **están fuera de comercio**”<sup>811</sup>. Sobre ellos, el sujeto tiene un *derecho de personalidad* y no un *derecho patrimonial*, ergo, corresponde aplicarles el régimen de los derechos de la personalidad y no el régimen de las cosas del derecho patrimonial<sup>812</sup>... Es viable disponer de ellos con restricciones. No es asequible hacerlo libremente y por cualquier medio. El semen no es susceptible de “tradicción” *strictu sensu*. *Su propiedad no se trasmite nunca*, aunque otra persona pueda poseerlo (semen) indefinidamente. Comprendemos por tanto, que los gametos no pueden ser objeto de un derecho de propiedad en el sentido tradicional, por lo que no pueden ser transmitidos *mor-*

<sup>810</sup> “Es importante entender que donar semen no es lo mismo que donar sangre o que vender una muñeca o una heladera en un supermercado. Amén que muchos doctri- narios sostienen que una vez extraídos son jurídicamente **cosas**, creemos que esta respuesta peca de simplista. La falta de identidad de los gametos con cualquier otra sustancia humana impide la aplicación del régimen jurídico que de las transfusiones de sangre (ley 22.290) y trasplantes de órganos (ley 24.193). En verdad, el semen y los óvulos no son órganos comunes. Son **células germinales** y están destinadas a producir vida humana; son las fuentes mismas de ella y por lo tanto, son radical- mente distintas de otras que forman nuestra anatomía. Los gametos son como el mismo cuerpo humano, elementos portadores de la personalidad: transmiten la vida y los caracteres genéticos del dador. Por eso sea dicho que *la dación de esperma es dación de paternidad, y la de óvulos es dación de maternidad* (Cour de Cassation, reunión plenaria, 31/5/91, Recueil Dalloz, 1991, 30° Cahier, Jurisprudence, citado en FERRER, Francisco A. M., “Procreación Asistida. Panorama Jurídico”, U.N.L, Santa Fe, 1995). *La Protección de los gametos ... ibidem.*

<sup>811</sup> NA: “Puede verse al respecto, SANTOSUOSSO, F., “*La feconzione artificiale umana*”, cit. p. 101/102”.

<sup>812</sup> NA: “Así lo ha declarado explícitamente el Tribunal de Monza, Italia, en fallo del 31/05/89, Rev. “*Il Diritto difam e delle persone*”, Milano, 1990, p. 183. Concuerda con esta doctrina RIVERA en “*Instituciones de derecho civil*”, Parte General, t. I, p.346”.

*tis causa* y tampoco donados, puesto que la cosa que puede ser donada está necesariamente en el comercio y los gametos no lo están<sup>813</sup>. En esta línea argumentativa se funda nuestra intención de que dichos *bienes de la personalidad*, sean tutelados en forma específica e independiente de los otros órganos del ser humano”<sup>814</sup>.

Si bien no existe legislación específica que prohíba la existencia de Bancos de Gametos -ya que el Proyecto de Fecundación Asistida presentado por el Dr. Carlos RUCKAUF en 1993 propugnando que se los prohíba expresamente, perdió estado parlamentario<sup>815</sup>-, de lo expuesto anteriormente se deduce la ilicitud (art. 953 C.C.) e inconstitucionalidad (cfr. Tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22 C.N.) de los Bancos de gametos con fines reproductivos.

<sup>813</sup> NA: “FERRER, Francisco A. M., “*Procreación Asistida. Panorama Jurídico*”, p. 88, U.N.L, Santa Fe, 1995”.

<sup>814</sup> “Si quisiese seguir en estas líneas, el razonamiento propuesto por la “empresa de la fertilidad”, con ironía podría preguntar al dueño de uno de estos de Banco de Crio- conservación lo que sigue: *Luego de adquirir el semen, ¿Si el Ser concebido hereda una enfermedad o tiene alguna discapacidad, esto habilitará al receptor a demandar al Banco en cuestión, por incumplimiento contractual o por vicios redhibitorios? ¿El niño nacido con fallas se devuelve? ¿Es un contrato de servicio o de resultado? ¿En caso de que no pueda pagar las cómodas cuotas que me den para adquirir el óvulo fecundado o el semen milagroso, sería aplicable el instituto de la exceptio nom adimpleti contractus? ¡Ah! Desde ya, descarto que todo adquirente se encuentre protegido por la ley 24.240 de Consumidores y usuarios.* En rigor de verdad, y si todo se reduce a un contrato, no deberían extrañar estas preguntas. Apelando a vuestra sinceridad solicito respondan esta nueva interpelación: ¿Alguno de los presentes sintió por momentos que algo no estaba bien al oír mis consultas? Si así fue, es porque algo efectivamente anda mal en esto. Será, simplemente, que la vida y el ser humano no pueden ser interpretados con los fraccionados parámetros del derecho o con la regla de la conveniencia individual. Es en estos aspectos donde se necesitan pautas de valoración que excluyan los sentimientos personales, fundados únicamente en la *libertad del hombre para dar cabida a principios rectores que tiendan a humanizar la utilización de estas técnicas y no, solamente a satisfacer los intereses de sus clientes de turno*”*La Protección de los gametos ... ibidem.*

<sup>815</sup> Cfr. *La Protección de los gametos ... ibidem.*

### 3.6. B. C. y otra c/ UP s/ Amparo<sup>816</sup>: ovodonación

#### 3.6.1. Hechos

La sentencia de Cámara revocó el decisorio de primera instancia<sup>817</sup> y en consecuencia hizo lugar a la acción de amparo, ordenando a la obra social demandada que provea a los actores de la cobertura total e integralmente del tratamiento de fertilización artificial, conforme prescripción médica, en sus tres fases (medicamentoso, ovodonación y fecundación *in vitro*), así como el traslado y alojamiento de ambos cónyuges en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde deberá realizarse el tratamiento requerido en el Instituto CEGYR. Tratándose de una fecundación *in vitro* con óvulo de una tercera dadora, y habiendo probables embriones restantes, el fallo ordena la obtención del consentimiento<sup>818</sup> libre, expreso<sup>819</sup> e informado<sup>820</sup> otorgado personalmente y por separado,

<sup>816</sup> CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re B. C. y otra c/ UP s/ Amparo (Expte. N° 12.021), 17/12/09, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=39518#>

<sup>817</sup> El Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata rechazó la acción de amparo incoada por el Sr. C. A. B. y la Sra. A. V. J. contra la Unión Personal de la Nación, solicitando la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida, que -conforme prescripción médica- comprende tres fases: medicamentoso, ovodonación y fecundación *in vitro* (FIV), así como el traslado y alojamiento de ambos cónyuges en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde deberá realizarse el tratamiento requerido en el Instituto CEGYR -Centro de Estudios de Ginecología y Reproducción-. Ello como consecuencia del padecimiento de endometriosis severa que le produce infertilidad a la Sra. J., sumado a su escasa reserva ovárica. El marco descrito llevó a los especialistas a recomendar tratamiento por ovodonación dada la mala condición del tejido ovárico remanente.

<sup>818</sup> Respecto del consentimiento informado puede consultarse MARRAMA, Silvia, Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, en Revista "El Derecho" [245] - 11/11/2011, N° 12.875.

<sup>819</sup> El fallo pretende asegurar el respeto hacia la condición humana de los embriones mediante el asiento de ello en forma explícita en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente.

<sup>820</sup> En él se manifestará que la dadora ha sido advertida que los óvulos serán utilizados para fines de procreación, que ha sido informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil

de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso en forma confidencial impidiéndose, por ende, la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias. El fallo ordena a los profesionales actuantes la inmediata crioconservación<sup>821</sup> de los embriones.

#### 3.6.2. Consideraciones sobre el fallo

El voto del Dr. TAZZA es palmariamente contradictorio. Reconoce la personalidad de los embriones desde la fecundación (incluyendo el estadio del que denomina "ovocito pronucleado") y afir-

en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad.

<sup>821</sup> Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decrétase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción. Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomienda al Ministerio Público tutelar -conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica autorizada. Y ordena al *a quo* tomar las medidas necesarias para nombrar el tutor referido; efectivizar la medida de no innovar decretada; librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos tema (donación de gametos y el destino de los embriones "sobrantes" de las técnicas de fertilización asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente.

ma su dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho del niño a crecer en un ambiente familiar, el respeto por su identidad y su necesidad de protección especial<sup>822</sup>, pero luego los vulnera grave e irreversiblemente en el resuelto. Cabe preguntarse: ¿constituye una “protección especial” la orden de congelar los embriones sobrantes? En efecto, propone el Camarista que, en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la técnica ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal (cfr. Cons. VII). Cabe recordar que han transcurrido más de 12 años desde que un proyecto sobre el tema -el único<sup>823</sup>- lograra media sanción en el Congreso de la Nación. Este término de 12 años es más extenso que la vida posible de embriones congelados, tal como hemos explicado en los capítulos III y IV de esta obra. **De esta forma, la propuesta del Camarista será muy probablemente ineficaz para salvar la vida de los embriones que ordena congelar**<sup>824</sup>.

<sup>822</sup> “Ello, atento a que el niño concebido mediante estas técnicas es más propenso a que se vulneren sus derechos, por lo cual necesita una **protección especial**” (Cons. VI, los resaltados son nuestros).

<sup>823</sup> “En la última sesión del año parlamentario, realizada en el día de la fecha, la cámara baja le dio media sanción a los proyectos de “identidad de género” y “muerte digna”. Fecundación artificial se aprobó sólo en general -sin debate en particular- por lo que no alcanzó la media sanción, fue sólo un gesto político”. DEL RÍO, Mónica, Media sanción para identidad de género y eutanasia, en Boletín electrónico “Notivida”, Año XI, N° 794, 30 de noviembre de 2011, <http://www.notivida.org/>

<sup>824</sup> El reconocimiento de la personalidad de los embriones concebidos extracorpóreamente y las abundantes citas de tratados de derechos humanos no son más que expresiones vacías de contenido real para el Camarista, ya que se desdice de ellas en el resuelto. En efecto, el fallo vulnerará el derecho a la vida, la dignidad, el derecho a la identidad de un número incierto de niños que serán concebidos mediante estas técnicas. A mayor abundamiento, en el Cons. VII les reconoce su condición de persona: “en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la **persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él**, a partir del cual **la persona es titular de derechos** y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” (Cam. Nac. Civ., Cap. Fed., Sala I, Rabinovich, LL 2001-C-824)... Indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos” (los resaltados son nuestros). Y por si cupiese alguna duda, se manifiesta a favor de la teoría que determina el comienzo

El Dr. FERRO, por su parte, considera que denegarle a la actora derecho a procrear “so pretexto de una laguna o vacío legislativo, podría implicar, lo digo casi con absoluta certeza, desconocerla como sujeto de derecho cuando con su accionar no perjudica la salud, ni los derechos, ni un daño a los demás”. Explicamos anteriormente que no existe el derecho a procrear<sup>825</sup> tal como lo en-

de la existencia de la persona en la fecundación del óvulo por el espermatozoide “y por todo lo reseñado precedentemente, sostengo que **la protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado**, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano” (Cfr. Cons. VII, los resaltados son nuestros). Pero concluye erróneamente: “Por ello, y aunque sea moralmente discutible y hasta calificada por algunos como “inmoral” la práctica misma de la fecundación in vitro, no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección, que la técnica de la **crioconservación** de aquellos embriones que pudieran resultar **sobrantes o “supernumerarios”**, por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de vida. Efectivamente, tal como se afirma en el Cons. VII: “si admitimos la fecundación *in vitro* y las técnicas de poliovlación inducida, entonces el método de conservación en frío nos resultará un **complemento material** para garantizar que los embriones eventualmente sobrantes, puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia...ya que en realidad **no se pretende afectar la vida o la respetabilidad del ser humano**” (los resaltados son nuestros). Cabe aclarar que **no interesa al derecho sólo lo que se “pretende” al dictaminar, sino también -y sobre todo- lo que ocurrirá como consecuencia de lo que se dictamina**. Es decir que aunque “en realidad no se pretende afectar la vida o la respetabilidad del ser humano”, la sentencia que analizamos los afecta grave e irreversiblemente. Pretende suavizar su fallo alegando que la congelación de embriones es “un remedio de excepción en los casos en que no es posible la transferencia inmediata a su madre biológica o a otra mujer receptora” (Cons. VII). Ya hemos demostrado en el capítulo III que no lo es, sino que es un procedimiento habitual en este tipo de técnicas. Curiosamente establece que los gastos que demande el congelamiento de estos niños deberán ser solventados por el Estado Nacional, ante lo cual cabrá el planteo de objeción de conciencia de las diversas personas que se vean involucradas en la práctica de modo directo (autoridades nacionales, médicos) e indirecto (v.gr. quienes tributan, ya que los gastos del Estado Nacional se solventan en parte con los tributos. Este tema escapa al marco de la obra, razón por la cual sólo esbozamos la idea).

<sup>825</sup> RIVERA considera que: “el hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o de no hacerlo y ello importa el derecho a la no-injerencia del Estado o de terceros en esa determinación de los sujetos, en definitiva, de aquella libertad nace el derecho a la privacidad del o de los sujetos comprometidos en esa decisión”. El mismo autor enmarca la libertad de procrear al orden natural. Y considera que cuando esa procreación requiere la intervención de terceros (médicos, dadores) siendo, por lo tanto,



tiende el Camarista, y que no hacer lugar al amparo no implica desconocer la condición de sujeto de derecho de los amparistas. Por otra parte, cabe tener en cuenta que las técnicas autorizadas en autos causan daños y perjudican la salud de terceros, a saber, los hijos de los amparistas que serán concebidos y algunos incluso congelados mediante aquellas<sup>826</sup>.

la decisión consciente y deliberada de traer un niño al mundo con métodos que en alguna medida alteran el curso natural, ya no implica el ejercicio de una libertad individual en la esfera íntima de la vida privada. En este caso estaría comprometida la intervención de terceros y, porque un niño está en juego, también está interesada la propia responsabilidad del Estado” (RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, (Buenos Aires, s/f). Edit. Abeledo Perrot. t. II, pág. 21). De lo expuesto se deduce que no existe un derecho personalísimo a la procreación. CIFUENTES, por su parte, es uno de los juristas que ha admitido con mayor amplitud el presunto “derecho a la procreación asistida”. En efecto, CIFUENTES acepta que estas técnicas sean utilizadas por mujeres solas, por mujeres que integran parejas lesbianas, y aun *post mortem*, fundado en los siguientes razonamientos: a) Si se justifica o no se sanciona una unión sexual que da como resultado el nacimiento de un niño de una mujer soltera, menopáusica o lesbiana, no se puede vedar (en iguales casos) el acceso a la fecundación asistida sin herir aspectos personalísimos de la trayectoria humana; b) Existen mujeres solteras que no tienen la posibilidad de vivir la pareja humana realizada en varones y mujeres, pero que tienen un acendrado espíritu maternal y una indeclinable necesidad de crianza y de descendencia, a las que se les debe dar la posibilidad de acceder a las técnicas de procreación asistida; c) La decisión *pro creativa* individual debe ser ampliamente respetada, y la elección de estas técnicas no debe ser controlada ni limitada por la sociedad ni por el Derecho (CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2º edic., (Buenos Aires, 1995). Edit. Astrea. Pág. 449. Cit. por *La Protección de los gametos... ibidem*). Por su parte, ARSON DE GLINBERG y SILVA RUIZ no admiten ninguna limitación a la utilización de estas técnicas por entender que “se trata de la libertad que compete a cada individuo para elegir en las múltiples opciones que se plantean al hombre en todas las instancias de su existencia, elegir por sí y para sí, sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o indirecta”. Esta postura acepta la tesis del **derecho subjetivo sin límites**, admitiendo: a) El derecho de la mujer sola; b) El derecho de las parejas de lesbianas de recurrir a estas técnicas; c) El derecho de los homosexuales de recurrir al alquiler de vientres; d) El derecho a realizar un clon de uno mismo (ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro, *La libertad de procreación*, en “La Ley” 1991- B – 1204. Cit. por *La Protección de los gametos... ibidem*).

<sup>826</sup> A continuación esgrime el Dr. FERRO un argumento que causa honda preocupación en quien lo lee: “Tampoco la solución que se arriba y propone, no es atentatoria de otros seres humanos que podrían quizá, por imperio de sus creencias cuestionarlos u objetarlos”. En efecto, las personas por nacer cuyos derechos se violarán como consecuencia directa de la sentencia dictada, no se encuentran en un estadio de desarrollo que les permita cuestionar la solución, fundadas en sus creencias, sencillamente porque todavía no las tienen. Pero ello no significa que la sentencia no viole su dignidad ni sus derechos primordiales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la identidad, entre otros. Además, existimos otras personas que si cuestionamos y objetamos la sentencia, no “por imperio de nuestras creencias” -ya que este tema no es una cuestión de creencia religiosa- sino por la evidente injusticia del fallo, que viola derechos preexistentes al ordenamiento jurídico positivo argentino, y que se encuentran reconocidos y tutelados por él. Continúa afirmando el Camarista que “los Jueces debemos alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el derecho, única premisa a la que estamos obligados”. Pero lo que pretende hacer el Dr. FERRO es precisamente lo que no hace: aplicar el derecho positivo vigente en Argentina, que prohíbe implícitamente estas técnicas.

Respecto del “congelamiento de los embriones sobrantes, confieso nuevamente -dice el Camarista-, que **me produce escozor tal procedimiento pues es de público conocimiento que hay mucha cantidad de ellos congelados y aún se desconoce qué destino se les dará;**... se pudiera colaborar en una **donación de embrión**, pues permitiría la posibilidad de que alguien “lo **done**”, **solución ésta que creo** armoniza la parte humana con la parte judicial... De no accederse a tales destinos, otros posibles que podrían considerarse respecto a los **preembriones** crioconservados, siguiendo la tendencia de la legislación española, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, serían su **utilización** por la propia mujer o su cónyuge; **donación** con fines reproductivos, siempre supeditado al previo consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado y **en el caso de investigación**, sujeto a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes, propiciando el desarrollo de instrumentos adecuados que garanticen la protección del embrión” (del voto del Dr. FERRO, los resaltados son nuestros). Los resaltados del párrafo ponen en evidencia la **cosificación** del embrión que se da en el caso: se refiere a él como objeto de donación, investigación, utilización, y -como al pasar- se usan indistintamente los términos “embrión” y “preembrión”.

llamente porque todavía no las tienen. Pero ello no significa que la sentencia no viole su dignidad ni sus derechos primordiales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la identidad, entre otros. Además, existimos otras personas que si cuestionamos y objetamos la sentencia, no “por imperio de nuestras creencias” -ya que este tema no es una cuestión de creencia religiosa- sino por la evidente injusticia del fallo, que viola derechos preexistentes al ordenamiento jurídico positivo argentino, y que se encuentran reconocidos y tutelados por él. Continúa afirmando el Camarista que “los Jueces debemos alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el derecho, única premisa a la que estamos obligados”. Pero lo que pretende hacer el Dr. FERRO es precisamente lo que no hace: aplicar el derecho positivo vigente en Argentina, que prohíbe implícitamente estas técnicas.

### 3.6.2.1. Ovodonación<sup>827</sup>

Sorprende al lector desprevenido del fallo las afirmaciones del Dr. TAZZA (“La utilización de estas terapias de reproducción provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la maternidad... Esta práctica permite disociar la madre genética con la madre gestacional, lo cual conlleva varios problemas, como los derivados del emplazamiento filial del niño... estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes disocian la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica). Pero luego resuelve violando los derechos que enumera<sup>828</sup>, con lo cual podríamos

<sup>827</sup> Dado que en este mismo capítulo hemos analizado otro fallo de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, en el que votan los Dres. FERRO y TAZZA (cfr. ... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo), y que los jueces repiten sus argumentos, nos detendremos más exhaustivamente al analizar el presente caso en la ovodonación que habilita.

<sup>828</sup> En efecto, considera el Dr. TAZZA que la ovodonación “resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido derechos de personas nacidas de gametas donadas” (Cons. VI). Renglón seguido explica que “la donación de ovocitos, también llamada ovodonación, forma parte de una técnica de reproducción asistida que permite que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que ésta última pueda conseguir un embarazo. **La utilización de estas terapias de reproducción provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la maternidad**, habida cuenta que en este supuesto ya no queda la procreación determinada por los componentes fecundantes de la pareja, sino que se requiere el óvulo de una donante para que se produzca el acto procreacional... Esta práctica **permite disociar la madre genética con la madre gestacional**, lo cual conlleva varios problemas, como los derivados del emplazamiento filial del niño. De acuerdo con el texto del art. 242 del Código Civil “la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”. Esta norma se apoya en el vínculo biológico, ya que atribuye la maternidad al hecho del parto, y constituye la aplicación del aforismo romano según el cual “el parto sigue al vientre” (*partus sequitur ventrum*), y en virtud de ello, “la maternidad siempre es cierta” (*mater semper certa est*). Sin embargo, el avance de la ciencia nos ha enfrentado con nuevos dilemas nunca imaginados por el legislador en oportunidad del dictado del código mencionado, porque actualmente estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes **disocian “la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica”** (L. M. L. C. c. IOMA s/ Amparo, Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata)”, generándose así “la **contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona** como son: el “derecho a la identidad” o a conocer el origen y el “derecho a la intimidad del donante” (art. 19 CN), las eventuales acciones filiatorias del

afirmar que la sentencia es contradictoria.

Respecto del “derecho a la intimidad del donante”, afirmamos que es inexistente, ya que la donante será -en este caso-, madre “genética” de los embriones, y ninguna madre puede ampararse en su derecho a la intimidad para vulnerar el derecho a la identidad de su hijo.

El Dr. FERRO, por su parte, también se contradice en su voto, al afirmar que “la protección debida al embrión se basa en el respeto a la dignidad humana y en el respeto de los derechos e intereses del hijo, que se pueden resumir en el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y existencial, en el derecho a la familia y en el derecho a la propia identidad genética”, **para luego autorizar las técnicas con ovodonación anónima y criopreservación**. Pretende fundar esta autorización en “los avances científicos (que) se producen a pasos titánicos, determinando la desactualización y asincronía de nuestro Código Civil con respecto a la realidad que se impone, y frente a ello, el juez no puede permanecer ajeno”. Cabe aquí reiterar que el juez no está obligado a autorizar cualquier procedimiento por el sólo hecho de ser posible desde un punto de vista técnico, máxime cuando vulnera derechos esenciales de las personas, como en el caso analizado. Ello no implica que permanezca ajeno a esa realidad. Más bien consideramos que los Camaristas hubiesen debido declarar nulos estos contratos.

### 3.7. R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo<sup>829</sup>: técnica ICSI con límites

#### 3.7.1. Hechos

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata confirmó un fallo que hizo lugar a una acción de

donante hacia el menor y viceversa, las acciones sucesorias entre ambos, el desconocimiento de paternidad del marido de la mujer a la que se le inseminó espermatozoides de un donante, etc...” (Cons. VI, los resaltados son nuestros).

<sup>829</sup> CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA in re R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo (N° Expte. A-1419-MP0), 03/11/09, en formato digital.

amparo presentada por una mujer de 40 años de edad<sup>830</sup> -que cohabita con su pareja de 37 años de edad desde el 2003-, y ordenó al IOMA brindar cobertura integral de los gastos de tratamientos de fecundación artificial mediante técnica ICSI, limitando el alcance y modalidad de la obligación impuesta en primera instancia a la obra social. El juez había dispuesto que la empresa debía aportar las sumas dinerarias necesarias para brindar ese servicio “hasta lograr el efectivo embarazo”. El tribunal estableció que, de ser necesaria la reiteración de la práctica, la cobertura por parte de la demandada debía limitarse a cuatro ciclos o intentos; fijar en 42 años la edad límite de la mujer para recibir las prestaciones, y que los tratamientos sean realizados sin congelamiento de embriones.

### 3.7.2. Cobertura con límites

Según el voto de RICCITELLI -al que adhieren SARDO y MORA-, el alcance de la sentencia dispuesta en primera instancia –en la que se ordenó a la obra social la provisión de la práctica “hasta lograr el efectivo embarazo”- podría “colocarnos frente a la presencia de un imperativo obligacional de imposible cumplimiento. El derecho no podrá garantizarle a la actora su anhelo de ser madre, pues ello es tarea reservada a la ciencia médica y a los designios misteriosos que encierra la existencia humana (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín in re “Q.,M.T. c.I.O.M.A.”, ya citada, del voto del Dr. Echarri). En cambio, lo que la jurisdicción no puede es desenten-

<sup>830</sup> En la causa se acreditó que la mujer padece de infertilidad primaria sin causa aparente de más de tres años de evolución, patología que, pese a no exteriorizar disfunción gonadal alguna, importa a la paciente la imposibilidad de fecundación intrauterina por vía natural o incluso por inseminación artificial (antes de iniciar el amparo realizaron dos intentos por esta última vía). La edad de la reclamante (39 años) –afirmó-, sumada al normal funcionamiento constatado en sus gónadas, trompas de Falopio y útero, así como el descarte de patologías referidas a la actividad espermática de su pareja, impiden entender que pueda tratarse en el caso de una esterilidad por vejez del tipo de la producida por la menopausia. Por consiguiente, expresó que tanto la uniforme actuación de los médicos tratantes, como la no menos calificada participación del perito que dictaminara en los obrados, han determinado la existencia de una afección a la salud reproductiva de la accionante que requiere, sin lugar a dudas, de tratamiento por técnica ICSI.

derse de sus dolencias y/o negarle el acceso a los procedimientos o tratamientos que la medicina de nuestros días cuenta para vencer, o al menos intentarlo –si bien no curar- el problema de la infertilidad. En tal devenir, es misión de este votante propiciar el dictado de una solución prudente que, sin dejar de afianzar la justicia del caso, descansa en parámetros de factibilidad, resulte armónica con la realidad revelada en el expediente, y tome como pauta directriz la noción de razonabilidad, en tanto patrón de conducta que debe presidir en la actuación de todos los órganos del Estado”.

Por ello, la Cámara fijó una serie de limitaciones<sup>831</sup>, a saber: a) Se condena a la demandada a brindar cobertura integral del tratamiento de fecundación asistida de alta complejidad (técnica ICSI<sup>832</sup>) al que la amparista debe someterse para intentar vencer las implicancias de su diagnosticada infertilidad. De ser necesaria la reiteración de la práctica, limitar a cuatro ciclos o intentos el objeto de la condena<sup>833</sup>; b) Fijar en 42 años la edad límite dentro de la cual podrán llevarse a cabo las citadas prestaciones<sup>834</sup>; d) Los

<sup>831</sup> Las limitaciones fueron fijadas teniendo en cuenta las conclusiones médicas sentadas en la causa, los índices estadísticos reseñados –en cuanto a las probabilidades de éxito de la práctica en cuestión-, la edad de la reclamante y los parámetros racionales que la jurisprudencia comparada ha establecido para la obtención de un embarazo viable y la concepción de un bebé “sano”.

<sup>832</sup> El fundamento de la orden de cobertura de esta técnica radica, según la sentencia, en que “con carácter previo a la promoción de esta acción (vg. diciembre de 2007 y junio de 2008), intentó –aunque con resultado adverso- remediar su padecimiento con la realización de dos (2) tratamientos de inseminación artificial, procedimiento que es conceptuado, por la medicina jerarquizada, como una práctica terapéutica de baja complejidad (fs. 248 vta.) y, ante cuyo fracaso, se recomienda proseguir con las técnicas de procreación asistida más sofisticadas (cfr. fs. 250 vta./251)”, siendo la técnica ICSI “el más efectivo para lograr el embarazo”.

<sup>833</sup> La Cámara se funda en las siguientes estadísticas: “En líneas generales, las estadísticas demuestran que la tasa de embarazo por empleo de esta técnica oscila, en la actualidad, entre un **20% y un 35% por cada ciclo de tratamiento**, coeficiente que nos lleva a una **tasa acumulativa de embarazo** de aproximadamente el **60%**, después de realizados **cuatro intentos**”.

<sup>834</sup> Ello se debe, al decir de la Cámara, a que “los porcentajes supra reseñados refieren a mujeres menores de 40 años, ya que por encima de aquella edad las chances de embarazo se reducen paulatinamente... la accionante pertenece a una franja etaria (entre 36 y 40 años) en la que las chances de alcanzar la gravidez, si bien se reducen gradualmente, aún son plenamente viables”.

tratamientos deberán ser realizados sin criopreservación o congelamiento de embriones<sup>835</sup>; e) Dejar librado al elevado criterio de los médicos tratantes de la paciente la tarea de evaluar y determinar la frecuencia con la que se llevarán a cabo –de ser menester- los sucesivos intentos, con el fin de optimizar los tiempos y evitar –a su vez- indeseados impactos en la integridad psicofísica de la paciente.

Un párrafo aparte merece la prohibición de congelamiento que entendemos leyendo armónicamente el fallo- que va acompañada de una prohibición implícita de producción de embriones en exceso respecto de los que serán implantados, y prohibición de selección y descarte de embriones “restantes”.

El presente fallo interesa por haber limitado la cobertura de la técnica ICSI a cargo de la obra social demandada en autos, si bien las limitaciones pretenden fundarse en cuestiones pragmáticas, evitando el “debate bioético y filosófico” (que en realidad no es simplemente de tal carácter, sino sobre todo jurídico<sup>836</sup>, ya que la técnica ICSI viola -como demostramos en los capítulos III y IV- diversos derechos constitucionales).

<sup>835</sup> Funda el Camarista RICITELLI este resuelvo en que “el tratamiento debería realizarse sin congelamiento o criopreservación de embriones, en tanto aquella posibilidad –según se desprende del dictamen pericial- no constituye más que una contingencia accesoria cuya ausencia –al no tratarse de un paso reglado o ineludible dentro del método (v. fs. 252)- no impide ni obstaculiza la realización efectiva de la práctica (cfr. fs. 254). La modalidad propuesta permite lograr la justa composición del caso planteado, sin necesidad de ingresar en el debate bioético y filosófico sugerido por la accionada en relación a los procesos de congelamiento y manipulación de los embriones no implantados en el útero de la mujer; discusión que, para más, excedería claramente del marco de conocimiento propio del juicio de amparo”. Por las consideraciones vertidas en el capítulo III, es poco probable que pueda llevarse a cabo la técnica ICSI sin congelamiento de embriones.

<sup>836</sup> MORELLI sostiene que una conducta éticamente inaceptable no implica, de suyo, que resulte antijurídica. Las exigencias de justicia son sólo parte de las exigencias éticas. Muchas conductas antiéticas (la mentira entre amigos, por ejemplo) no son ni deben ser, al menos en principio, antijurídicas. De todos modos, que una conducta sea contraria a las exigencias éticas no deja de tener consecuencias jurídicas, al menos porque no sería legítimo que teniendo tal carácter la legislación la apruebe o promueva, ni mucho menos que la imponga. Por eso resulta siempre antijurídico que legisladores o tribunales ordenen a efectores públicos de salud o a obras sociales practicar o hacerse cargo de procedimientos de fecundación *in vitro*. Cfr. MORELLI Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro... *ibidem*.

### 3.8. S.A.F y A.H.A s/ amparo<sup>837</sup>: técnica ICSI

#### 3.8.1. Introducción

Analizamos este fallo al final porque si bien el fallo ordena la cobertura de las técnicas solicitada, queremos detenernos en la disidencia de la Dra. Cristina Yolanda VALDEZ, que es ajustada a derecho, y cerrar este capítulo con ella. “Producir” personas en un tubo de ensayo, seleccionar las más aptas para su implantación, crioconservar a 196 grados bajo cero en tanques de nitrógeno líquido el resto de las personas “producidas” desentendiéndose de su destino, constituyen, según la disidencia de la Dra. VALDEZ en el fallo que analizamos, actos de objeto ilícito, y por ende, sancionados por nuestro ordenamiento jurídico con nulidad absoluta e insanable.

#### 3.8.2. Hechos

Los actores interponen demanda en fecha 23/7/08 a los fines de obtener la cobertura total e integral por parte del IOMA, de los tratamientos de fertilidad asistida, a través de la técnica ICSI. La sentencia de primera instancia hace lugar a la acción de amparo. La Dra. VALDEZ vota por la revocación de la sentencia, fundándose en el derecho a la vida de toda persona, el cual se violaría con las técnicas cuya cobertura se solicita, ya que implican selección de embriones y descarte de los sobrantes. El Dr. Dr. SCHREGINGER vota confirmando la sentencia apelada, fundándose en la lesión al derecho a la salud involucrada en el caso, cuyo fundamento normativo lo encuentra en el art. 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y en la ley provincial 13.066. El Dr. CEBEY adhiere a este voto por similares consideraciones a las expresadas.

<sup>837</sup> CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIEN TO EN SAN NICOLÁS in re S.A.F y A.H.A s/ amparo (Nº Expte. 573-2008), 15/12/08, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/InfojubaContencioson12-II.htm>

### 3.8.3. Disidencia de la Dra. VALDEZ

De la medida para mejor proveer dispuesta por el Tribunal -resalta la Camarista en el Cons. X- surge que la técnica propuesta implica la formación de más de un embrión y la implantación **selectiva** de los mismos. La técnica pretendida conlleva **necesariamente** congelamiento de embriones, “sin que hasta el momento la ciencia pueda aseverar la inexistencia de efectos no deseados, o bien, el alcance de los mismos, con la incertidumbre que ello involucra, además comporta descarte de embriones” (Cons. X voto Dra. VALDEZ)<sup>838</sup>. Por otra parte, explica la Dra. VALDEZ que el “mantenimiento” de aquellos o la llamada “criopreservación”, posee un costo, que se encontraría presupuestado en el expediente con más un mantenimiento anual por las sumas de \$ 1.450 y \$ 400 respectivamente. Referirse al “mantenimiento anual” de los embriones denota su trato en calidad de “cosa”. Pero, sostiene la Dra. VALDEZ, estamos hablando de “personas”, que no se encuentran en el comercio. “Es pues necesario pensar, en que la vida no puede ser objeto del comercio. Más aún, que no puede depender de la acción humana, es decir, que el **descarte** pueda decidirse como si se tratara del **desecho** de una cosa” (Cons. X. Los resaltados son nuestros).

Por todo ello<sup>839</sup>, la Dra. VALDEZ califica estos actos como de

<sup>838</sup> Cita la Camarista, para fundamentar su afirmación, la siguiente información: “**El gameto congelado pierde calidad y genera bacterias.** El embrión congelado es un niño congelado. Un niño con su desarrollo psicofísico congelado y detenido en el tiempo y en el espacio. Cabe agregar que la criopreservación a más de 160 grados bajo cero **genera efectos mutágenos debidos a la radiación de fondo y que, pasados los 10 años, los embriones criopreservados no tienen más viabilidad.** **Por otro lado, más del 50% de los embriones mueren al ser descongelados** (Matozzo de Romualdi, Liliana “¿Por qué no al Proyecto Laferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida?, E.E., 163-1165)” –Cita de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez. Bioderecho. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 208-) (los resaltados son nuestros).

<sup>839</sup> Se podría enunciar esta gradación de violaciones a derechos constitucionales: a) Producción de personas humanas; b) Selección eugenésica; c) Producción de personas humanas que no van a poder vivir; d) Congelamiento de personas humanas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 7 establece una importante afirmación respecto del caso que nos ocupa: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será

“objeto ilícito” (cfr. art. 953 C.C.). En efecto, las técnicas de fecundación *in vitro* en sí, la “congelación” de los embriones y el consecuente “mantenimiento de embriones criopreservados”, son ilícitos porque sus objetos están prohibidos por las leyes y perjudican los derechos de terceros (pensemos en las vidas de embriones que se “descartan” o en el mejor de los casos se “congelan” *sine die*, lo cual implica finalmente su muerte). ¿Cabe alguna duda respecto de que la criopreservación no garantiza en la máxima medida posible la supervivencia de estos niños<sup>840</sup> en estado de desarrollo embrional –tal como lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>841</sup>? ¿No constituye acaso un abuso sobre estos

sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Este derecho obsta categóricamente contra toda técnica de criopreservación.

<sup>840</sup> Afirmamos que estos embriones son niños ya que, por el principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la parte dogmática de la Constitución Nacional, todo ser humano es niño desde la concepción -y por tanto sujeto de protección jurídica- hasta los 18 años de edad. Esta declaración jurídica no reconoce excepciones, salvo mayoría de edad anticipada. Señala el Dr. BARRA que la utilización del término “niño” para referirse al aún no nacido no es original de la Constitución Argentina. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en oportunidad de pronunciarse respecto de la utilización de embriones y fetos humanos para fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales empleó una expresión análoga. En la Recomendación 1046/1986 ese cuerpo manifestó que “la utilización de embriones y fetos y la extirpación de sus tejidos para fines especificados en el anexo de esta Recomendación son respetados”. En ese anexo establece que “toda intervención para propósitos de diagnóstico sobre embriones vivos in útero o in Vitro, o sobre fetos *in utero* o fuera de él, está prohibida, salvo que su objeto sea el bienestar, el favorecimiento del desarrollo del niño a nacer”. Sin embargo la Recomendación incurre en una contradicción al aceptar implícitamente la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo, y por otra parte al señalar que “no existen al momento disposiciones adecuadas que regulen la utilización de embriones y fetos vivos y muertos”, lo que, en el lenguaje de la Recomendación, equivale a la utilización de “niños a nacer”. Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional...* *ibidem*, pág. 47, nota 54.

<sup>841</sup> En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y garantiza el derecho a la vida de los niños (art. 6) y prohíbe toda forma de abuso (art. 19 inc. 1) y discriminación (art. 24 inc. 1). Más terminante es la Declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de la Convención en tanto tal, al establecer que: “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad”. Recordamos, en el mismo sentido, lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que define el momento de inicio de la protección de la vida: desde la concepción (cfr. art. 4.1.).

embriones, al resultar discriminados en su trato y dignidad respecto de niños ya nacidos?<sup>842</sup> Con lo expuesto hemos justificado sumariamente que el voto de la Dra. VALDEZ se ajusta a derecho.

Este argumento de la Camarista sobre el **objeto ilícito** de los actos cuya cobertura solicita la actora es categórico, tan categórico que el 5 de marzo de 2000, después de cinco años de deliberaciones, la Sala Constitucional de Costa Rica<sup>843</sup> declaró la inconstitucionalidad no sólo de un decreto nacional<sup>844</sup> que permitía las técnicas de fecundación *in vitro*, sino también de la fecundación *in vitro* en sí<sup>845</sup>, fundándose **en las mismas normas** que forman parte del ordenamiento jurídico argentino<sup>846</sup>. Haremos referencia a este fallo en el capítulo siguiente.

### 3.8.4. Voto del Dr. SCHREGINGER (adhesión Dr. CEBEY)

#### 3.8.4.1. Argumentos

Los argumentos fundamentales de este voto son los siguientes:

1. Hay una lesión al derecho a la salud por la negativa de la obra

<sup>842</sup> Debemos hacer jugar aquí el principio de complementariedad de las normas naturales, constitucionales, infraconstitucionales e internacionales: la vida comienza desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida.

<sup>843</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648.

<sup>844</sup> Decreto N° 24029-S, elaborado conjuntamente por el Presidente de la República de Costa Rica y el Ministro de Salud. Por medio del mismo se pretendía regular la práctica de la fecundación *in vitro* en el país. El decreto entró en vigor en febrero de 1995.

<sup>845</sup> Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... *ibidem*, pág. 20 ss.

<sup>846</sup> En efecto, la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en las siguientes normas del derecho internacional: arts. 5 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 6, 7, y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos vigentes en Argentina en virtud de la reforma constitucional de 1994 (C.N. art. 75 inc. 22).

social a cubrir esta disfunción psicofísica que provoca infertilidad, derecho reconocido en diversas normas<sup>847</sup>; 2. Respecto de la afirmación de la demandada acerca de que el método ICSI no puede considerarse incluido en la previsión del artículo 6° de la ley N° 13066, en tanto no puede afirmarse concluyentemente que no sea abortivo, el voto dice que la Ley refiere a los métodos anticonceptivos no abortivos, ya que “resultaría un contrasentido entender que los métodos conceptivos puedan ser abortivos, sin perjuicio del debate -ajeno a este proceso- que merecería el régimen de los “preembriones o embriones” en tratamientos de fecundación *in vitro* -como alega la demandada-, cuestión posterior, o quizás paralela, a la fecundación en sí”; 3. “Las posibles implicancias éticas (que hipotéticamente pudieren derivar de la utilización de la técnica solicitada) resultan posteriores y ajenas al juicio, y sometidas a la decisión de la pareja, sin perjuicio de la exigencia -a los profesionales tratantes- de brindarles adecuada información al respecto” (Cons. 5).

#### 3.8.4.2. Análisis crítico

El Juez SCHREGINGER, que -como tal- es parte de un poder público, ordena, autoriza y convalida un procedimiento que implica atentados contra la vida y dignidad de personas, procedimiento de objeto ilícito, al decir (exacto) de la Dra. VALDEZ. Que los métodos conceptivos demandados, a los que hace lugar el Camarista, implican la muerte de personas, surge del mismo expediente, al probarse que la técnica propuesta involucra la formación de más de un embrión y la implantación selectiva de los mismos. Si hay selección de embriones, quiere decir que se producen más de los que se implantan... Los “restantes”, si cabe el adjetivo para referirse a personas, pueden sufrir diferentes destinos: la crioconservación o la destrucción con fines de investigación.

Las “implicancias” derivadas de la utilización de las técnicas, de

<sup>847</sup> El art. 36 de la Constitución Provincial reconoce como derechos sociales a la salud y al derecho de familia. La ley 13.066, que establece el Programa Provincial de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, ha operativizado tanto el derecho a la salud como el derecho de familia.

las que se desentiende SCHREGINGER al afirmar que “resultan posteriores y ajenas al juicio” (cfr. acápite anterior), no son sólo éticas –como asevera- sino, como hemos demostrado, **jurídicas**. Y no pueden ser ajenas al juicio, ya que el mismo fallo determinó que existieran esas “implicancias”, es decir, esas “personas” –según lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco son meras “hipótesis” que se derivarían de la utilización de las técnicas, ya que la técnica solicitada por los actores conlleva necesariamente la “crioconservación”<sup>848</sup> de seres humanos.

### 3.8.5. Conclusión

El Estado provincial, en este caso la Provincia de Buenos Aires, que está obligado a proteger la vida, no puede autorizar y ordenar un procedimiento que en sí mismo es de objeto ilícito<sup>849</sup>, como bien apunta la Dra. VALDEZ. Por lo expuesto, entiendo que el voto de los Dres. SCHREGINGER y CEBEY no se ajusta a derecho, remite la cuestión del descarte de embriones como si fuese una cuestión separable o posterior, cuando en realidad ello forma parte inescindiblemente del objeto de la prestación médica que se solicita, y se funda en afirmaciones dogmáticas<sup>850</sup>.

<sup>848</sup> La “crioconservación” es un sofisma lingüísticamente expresado -tal como hemos denunciado en esta obra- que implica no sólo demorar arbitrariamente la gestación del embrión y someterlo al alea de una decisión posterior sobre su implante librándola a la voluntad de los padres –como afirma el Camarista- (estos pueden morir o divorciarse, como tantas veces ha sucedido) sino que significa la muerte de la inmensa mayoría de ellos, lo que se demuestra mediante los porcentajes de sobrevivencia de la crioconservación.

<sup>849</sup> Tal como expusimos en el capítulo IV, para que el juez pueda proceder de oficio ante actos de objeto ilícito es menester que se conjuguen dos circunstancias: que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá ineludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto (Cfr. LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de derecho civil... ibidem, pág. 627). Tal es el caso de marras, ya que las técnicas afectan el orden público, afectación que es patente. Por tanto hubiese correspondido que la Cámara declarase los actos objeto de la demanda como nulos de nulidad absoluta.

<sup>850</sup> El Dr. HERNÁNDEZ sostiene, respecto de este fallo que, si se ha declarado la nulidad de sentencias por arbitrariedad con fundamento en “prescindir de prueba decisiva”, o de “invocar prueba inexistente”, o de “contradecir otras constancias de autos”, o sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento sólo aparente,

## 4. Conclusiones del capítulo

1. En los primeros fallos analizados se reconoce que, en nuestro ordenamiento jurídico, el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.

2. Los fallos analizados a continuación, en los que se ordena la cobertura por parte de obras sociales y entidades que se les asimilan, de diversas técnicas de fecundación artificial extracorpórea, si bien se dice reconocer la existencia de la persona humana desde la concepción y su derecho a la vida, se violan al mismo tiempo sus derechos fundamentales.

3. Esta judicialización del tema probablemente sea una estrategia de los centros de fecundación artificial que realizan estas técnicas, para presionar en la sanción de una ley favorable a las mismas. Pero el derecho a la vida es un derecho natural y como tal no puede ni debe ser objeto de presiones, negociaciones o de consensos cívicos o ideológicos.

a fortiori aquí se ha irrespetado y dividido y separado el objeto del reclamo, que hace a un pago único por una prestación única que incluye de suyo e inseparablemente un destrato para con las personas embriones. Así, se viene a sustentar el fallo en “afirmaciones dogmáticas”. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, Una observación procesal y de lógica jurídica al voto Schreginger, en “Boletín de Bioderecho VII”, en “El Derecho”, 18/11/09.

## Capítulo VI

### PROYECTOS DE LEY NACIONALES SOBRE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

#### 1. Introducción

Habiendo mostrado que la legislación positiva argentina no aborda expresamente el problema de la fecundación artificial extracorpórea, y habiendo analizado jurisprudencia argentina referida al tema, sostenemos que la ley positiva vigente es **suficiente** para resolver los casos que se presenten<sup>851</sup>.

El hecho de que no se haya legislado expresamente la prohibición de las técnicas no afecta su antijuridicidad<sup>852</sup>, ya que el legislador no puede ni debe legislar sobre todas las situaciones que puedan suscitarse en la sociedad y, por otra parte, un sano realismo muestra que la ley nunca es completa, perfecta y única fuente de derecho.

Sin embargo, teniendo en cuenta el oscurecimiento de las conciencias de los argentinos –reflejado en el ámbito jurídico en diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales permisivas de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, que hemos mostrado en los capítulos IV y V-, el relativismo imperante, y el trabajo constante de quienes integran el *lobby* argentino anti-vida –entre otras razones-, consideramos que esta prohibición implícita **no es conveniente**. Por lo tanto afirmamos que debe legislarse expresamente la prohibición de estas técnicas, sin soslayar que, si bien la ley tiene una función pedagógica, no es el único ni el principal factor de influencia en la cultura de un país, siendo primordial la educación moral de sus habitantes.

<sup>851</sup> Se enrola en esta postura, entre otros, CAFFERATA. Cfr. CAFFERATA, José I., Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino, en “El Derecho”, 130-743.

<sup>852</sup> Su antijuridicidad y su prohibición implícita en el derecho argentino han quedado demostradas en el cap. IV.



## 2. Prohibición implícita de la fecundación artificial extracorpórea en el ordenamiento jurídico argentino

Consideramos que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, en las que se da un gravísimo atentado contra la vida y dignidad de la persona humana, están implícitamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico y por ende el recurso a las mismas constituye delito para el derecho civil<sup>853</sup>.

## 3. Necesidad y prudencia de la prohibición expresa de las técnicas

Cuando afirmamos en esta obra que es “**prudente**”<sup>854</sup> prohibir

<sup>853</sup> Enseña el Dr. HERNÁNDEZ que lo más típicamente opuesto a la ley es el delito, que es una conducta antijurídica. Lo que es antijurídico, por definición, es lo que está contra las normas. Por lo tanto, diremos que delito es todo aquello que es contrario a las normas (naturales y positivas). En este sentido, el término comprende los delitos penales, contravenciones, ilícitos administrativos y **civiles** (delitos y cuasidelitos). La oposición o disconformidad de una conducta con las normas puede estar señalada expresamente por las normas jurídicas positivas o no, ya que la antijuridicidad (o prohibición) incluye lo que está implícito en el ordenamiento. Es decir que lo ilícito o antijurídico puede estar expresamente o implícitamente prohibido.

Dado que esta obra no abarca la perspectiva penal del tema, sólo nos interesa afirmar que el recurso a las técnicas constituye delito en el ámbito civil. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Clases de Filosofía del Derecho... Derecho. 2 Sentido de los términos...* *ibidem*.

<sup>854</sup> Santiago RAMÍREZ define la prudencia como “un hábito operativo de la razón práctica inmediatamente ordenado a regular y dirigir todas las acciones humanas a su verdadero fin; y eso, no de una manera vaga e indeterminada, sino totalmente individual, concreta y circunstanciada. Su objeto o materia propia es todo lo agible humano en su máximo detalle y particularidad y su oficio propio y específico es regularlo y dirigirlo rectamente en todo su pormenor y singularidad” (RAMÍREZ, Santiago, *Introducción al tratado de la prudencia de la Suma Teológica*, (Madrid, 1961). Edit. BAC. Pág. 13. Cit. por ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E., *El razonamiento judicial, un razonamiento prudencial*, en TALE, Camilo (Director); AAVV, *Persona, Sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política*, (Córdoba, 1998). Edit. del Copista. Biblioteca jurídica. Pág. 54). Por lo tanto la prudencia **se da en lo contingente**. MARTÍNEZ DORAL explica que para llegar a la decisión absolutamente concreta y singular de la prudencia se necesitan, en primer lugar, conocer los fines. Por lo tanto, la decisión prudente es, ante todo y en su más estricta formalidad, conocimiento. Los fines cumplen el oficio de principios, en función de los cuales, reiteramos, se pueden adoptar resoluciones acertadas. A conocer las tendencias naturales/bienes/fines del hombre —entre los cuales está la procreación— hemos dedicado la primera parte del

expresamente las técnicas, no estamos diciendo que el legislador podría optar entre tolerar<sup>855</sup> el recurso a las técnicas o prohibirlas,

capítulo III. Pero lo más propio de la prudencia es el conocimiento de los medios para lograr aquellos fines. Por lo tanto, concluye: “además del conocimiento de los principios universales, la prudencia requiere la atenta, rigurosa y objetiva consideración de las realidades concretas que condicionan la situación real en la cual y para la cual tiene lugar la decisión” (MARTÍNEZ DORAL, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, (Pamplona, 1963). Edit. Universidad de Navarra. Pág. 83. Cit. por ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E., *El razonamiento judicial, un razonamiento prudencial*, en TALE, Camilo (Director); AAVV, *Persona, Sociedad y derecho...* *ibidem*. Pág. 55). **La dimensión cognoscitiva de la prudencia es la base objetiva de la decisión política del legislador**, que no debe tener nada de voluntarismo subjetivo. Esta es la razón por la cual hemos dedicado los capítulos II y III de esta obra para mostrar ampliamente la realidad concreta involucrada en las técnicas de fecundación artificial extracorpórea.

<sup>855</sup> Entre lo obligado (“Lo jurídicamente obligatorio coincide con *lo justo o lo jurídicamente debido*”. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico...* *ibidem*.) y lo prohibido, está lo lícito (“Lo meramente *lícito* es lo jurídicamente *facultativo, lo no debido*”. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico...* *ibidem*.) Y entre lo prohibido formalmente y lo lícito, está lo que de suyo es ilícito pero tolerado (“La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha utilizado esta distinción. “*La explotación de un “hotel por hora” no es una actividad comercial lícita y honesta sino meramente tolerada...*”; Causa “Faisal c/Municipalidad de General Sarmiento”, DJJ, 30.7.1980. A esa doctrina le dio la virtualidad práctica de que ante una autorización para edificar un hotel por horas no había derecho adquirido que impidiera la libre revocación de aquella”. HERNÁNDEZ, Héctor H., *Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico...* *ibidem*.) Como el Estado —según enseña Santo TOMÁS— no puede reprimir todos los vicios ni promover todas las virtudes (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, I-II, q. 96, a. 3 c. y ad 1), siempre habrá un marco de tolerancia de ciertas conductas. La misma ley natural, que prescribe lo que es bueno y malo, justo e injusto, manda también que la ley humana permita ciertas injusticias y vicios, porque si los persiguiera, se seguirían peores males e injusticias, lo cual iría en desmedro del bien común. Explica Santo TOMÁS que si la ley humana permite algunas cosas, no es que las apruebe, sino que no le es posible regularlas (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, I-II, q. 93, a. 3 ad 3). Y como ejemplos de conductas antijurídicas toleradas por las leyes humanas, Santo TOMÁS menciona el precio injusto en la compraventa, mientras la desproporción entre el precio y el valor de la cosa no sea mucha (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino...* *ibidem*, II-II, q. 77, a. 1 ad 1).

A su vez, admitido que hay una legalidad natural (afirmar derechos que se poseen por el solo derecho de ser hombres con independencia de si el poderoso o la mayoría o los medios de comunicación o los contratantes o los pueblos los reconocen, es admitir una legalidad suprapositiva o sobrehumana, o una legalidad de la naturaleza. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, *Derechos humanos: Doctrina y praxis*, en SCALA, Jor-

sino que **deben ser prohibidas** porque así lo indica la prudencia, cuyo acto principal es el imperio<sup>856</sup>. En esta afirmación se han tenido en cuenta lo que indican las “partes cuasi-integrales”<sup>857</sup> de esta virtud. La experiencia<sup>858</sup>, también llamada memoria de lo pasado, se ha plasmado en el capítulo V, al analizar los fallos<sup>859</sup> relacionados con estas técnicas. En cuanto a la inteligencia de lo

ge; GARCIA ELORRIO, Aurelio; HERNANDEZ, Héctor; SCARINCI DE DELBOSCO, Paola, Derechos humanos: 7 casos controversiales en América Latina. Prólogo de Hermes Navarro del Valle, (San José de Costa Rica, 2002). Edic. Promesa. Temas de actualidad N° 7. Pág. 210 ss), las conductas naturalmente antijurídicas que son toleradas no por ello son a secas lícitas (Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Derecho. 2 Sentido de los términos... ibidem).

Pero obviamente **el Estado no puede tolerar la violación de la tendencia primordial de toda persona a conservarse en el ser. Por tanto, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea nunca pueden ser conductas toleradas**. Por otra parte, el bien común se ve comprometido por las repercusiones que tendría a nivel general el reemplazo de la familia de base biológica por una de base tecnológica (Cfr. ANDORNO, Roberto, La procreación artificial: actual problemática jurídica en Francia, en “El Derecho” 146-593).

<sup>856</sup> La prudencia es la recta razón en el obrar (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, II-II, q. 47, a. 8.), por lo tanto su acto principal es el imperio (en la prudencia hay que señalar tres actos: pedir consejo, que implica indagar; juzgar el resultado de la indagación -hasta aquí opera la razón especulativa- e imperar -aplicar a la operación el resultado de la búsqueda y del juicio. Es propio de la razón práctica). La función propia de la prudencia es dirigir y mandar (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, II-II, q. 47, a. 8 et 12). Por ello dice Aristóteles que es la virtud propia del príncipe (Cfr. ARISTÓTELES, III Política, c.2 n.11 (Bk 1277b25): S. Th., lect.3. Cit. por TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, II-II, q. 50, a. 1 sed contra), y que es preceptiva (Cfr. VI Ethic. C.10 n.2 (Bk 1143<sup>8</sup>) S. Th., lect. 9. Cit. por TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, II-II, q. 47, a. 8 sed contra).

<sup>857</sup> A saber: la memoria de lo pasado, la inteligencia de lo presente, la previsión de lo futuro, la docilidad, la sagacidad, la razón o buen entendimiento, la circunspección y la cautela.

<sup>858</sup> En el capítulo introductorio de esta obra destacamos la importancia de la experiencia, que es una forma de conocimiento no reductible a las demás, como punto de partida de lo jurídico.

<sup>859</sup> La jurisprudencia analizada en el capítulo V permite vislumbrar las aristas de la problemática en el campo jurídico frente a casos concretos y apreciar las soluciones dadas en el pasado por algunos jueces. Este recurso a lo pasado permite cierta seguridad en el juicio prudencial del legislador, ya que se pueden extraer parámetros de decisión que sólo la experiencia puede brindar.

presente, nos ofrece el conocimiento de lo que está sucediendo, tal como lo hemos examinado en el capítulo III, al exponer las consecuencias actuales por el empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y lo que éstas conllevan en los aspectos de la vida social, política y económica. Con respecto a la previsión de lo futuro, hemos tenido especialmente en cuenta las posibles reacciones en cadena de las sentencias de los jueces y especialmente de las decisiones de los legisladores de nuestro país, y sus efectos colaterales<sup>860</sup> (cfr. el presente capítulo). La docilidad y cautela del legislador<sup>861</sup> se evidencia en el estudio de la legislación permisiva comparada sobre el tema y sus nefastas consecuencias (esto lo hemos realizado en el presente capítulo, al evaluar la “evolución” de la legislación española e italiana, que implicó una desprotección cada vez mayor de la vida humana y su dignidad). El legislador argentino deberá, asimismo, tener una imaginación creativa<sup>862</sup>, tal como la han tenido los legisladores AVELIN y LÓPEZ DE ZAVALLÍA al establecer la responsabilidad patrimonial del progenitor, como veremos al analizar sus proyectos de ley.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos afirmar que hoy en argentina es un acto de prudencia legislativa la prohibición expresa en el ámbito civil<sup>863</sup> de las técnicas aludidas y todos los procedimientos que éstas conllevan complementariamente (crio-preservación, manipulación embrionaria, entre otros).

<sup>860</sup> ASSAF DE VIEJOBUEÑO explica que el verdadero prudente es el que advierte el mal cuando recién se insinúa y no espera a que el agua le llegue al cuello. Cfr. ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E., El razonamiento judicial, un razonamiento prudencial, en TALE, Camilo (Director); AAVV, Persona, Sociedad y derecho... ibidem. Pág. 65.

<sup>861</sup> Hemos considerado la docilidad que cabe al legislador –que lleva a pedir y a aceptar consejo-; y la cautela o precaución -que consiste en discernir los peligros y riesgos para evitar males o soslayar dificultades-.

<sup>862</sup> La sagacidad del prudente es saber hallar con prontitud la solución más conveniente, teniendo ingenio y agilidad mental, y conlleva la capacidad de dar respuesta ante lo inesperado. Implica cierta versatilidad o flexibilidad de criterio (Cfr. ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E., El razonamiento judicial, un razonamiento prudencial, en TALE, Camilo (Director); AAVV, Persona, Sociedad y derecho... ibidem. Pág. 66.), que en lo jurídico se traduce –según sostenemos- en la elasticidad en la utilización de los institutos existentes y la implementación de figuras nuevas.

<sup>863</sup> También lo es en el ámbito penal, pero no lo fundamentamos porque éste está fuera del marco que nos hemos propuesto para esta obra.

Por otra parte, consideramos que es **necesaria**<sup>864</sup> la prohibición expresa de las técnicas aludidas, ya que el deseo de paternidad y maternidad inscrito en la naturaleza humana puede llevar a las personas a recurrir a estas técnicas<sup>865</sup>, apartándose de lo que les dicta su recta razón, que probablemente se encuentre oscurecida<sup>866</sup>. Frente al oscurecimiento de las conciencias entra en juego la

<sup>864</sup> Empleamos el término “necesidad” en el sentido que lo usa Santo TOMÁS DE AQUINO, quien explica que el hombre tiene naturalmente cierta disposición para la virtud, pero la perfección de la virtud le viene al ser humano mediante una disciplina. Pues bien, para la adquisición de esta disciplina, no siempre se encuentra dispuesto el hombre, y por lo tanto es **necesario** que alguien le imponga esa disciplina, para atraerlo a la virtud. Esta disciplina que obliga con el temor al castigo es la disciplina de las leyes. Por lo tanto, para la paz y para la virtud de los hombres fue **necesaria la institución de las leyes**, porque el hombre, si tiene la perfección de la virtud, es el mejor de los animales, pero si está apartado de la ley y la justicia, es el peor de todos ellos, ya que el hombre tiene el arma de la razón para saciar sus deseos y crueldades, que no tienen los otros animales. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, 95, c.

<sup>865</sup> Por otra parte, dado que las tendencias afectivas influyen sobre el juicio moral en el momento de decidir la conducta debida, para que el hombre acierte con el bien, la influencia de las tendencias afectivas no debe ser perturbadora, y entonces se requiere que las inclinaciones del hombre estén habitualmente orientadas hacia el fin moralmente bueno, vale decir que el apetito tiene que ser recto, para garantía de la corrección del juicio moral (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, II-II, q. 17, a. 4). Esto último sucede con el “deseo” de tener un hijo, que puede -en la mayoría de los casos- obnubilar el juicio de las personas, en especial teniendo en cuenta la “mala costumbre” instalada en Argentina de recurrir a estas técnicas ante un problema de infertilidad.

Por lo tanto, la ley positiva debe jugar un papel importante como cierta regla y medida de los actos, por la cual uno es inducido a obrar, o apartado de la acción (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 90, a. 1 c). Es muy significativa esta definición del Aquinate, en cuanto manifiesta que la ley debe ser una regla para enderezar las conductas. “En efecto, la ley está para regir a la sociedad, para rectificar las relaciones humanas y no ha de concebirse como un servil instrumento para legalizar aquello que en una sociedad se practique, ya sea por pocos, ya sea por muchos, de tal modo que venga a “legalizar” y aun a “legitimar” vicios e injusticias.

<sup>866</sup> Si bien afirmamos unos párrafos atrás que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea están implícitamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico y por ende constituyen delitos, dado el oscurecimiento de la razón que se da en la mayoría de los argentinos hoy respecto del tema de esta obra, consideramos necesario y prudente la prohibición expresa de las técnicas aludidas. El oscurecimiento u ofuscación de la razón natural en algunas cuestiones puede darse ya sea en todo un pueblo, ya sea en individuos singulares. En efecto, aquellos hombres que por la práctica de ma-

función pedagógica de la ley<sup>867</sup>.

las costumbres, o por haberse criado y vivir en una sociedad en la que cuando eran niños ya eran comunes ciertas perversiones, puede que ignoren ciertos preceptos particulares de la ley natural. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 98, a. 6 c. y ad 1.; II-II, q. 22, a. 1 ad 1; I-II, q. 100, a. 5 ad 1; I-II, q. 99, a. 2 ad 2; III, q. 61, a. 3 ad 2; III, q. 60, a. 5 ad 3; III, q. 70, a. 2 ad 1; suplem. 65, 3 ad 1.; I-II, q. 94, a. 4 c.

<sup>867</sup> “La dignidad de la ley no está exclusivamente en su función de prevenir los comportamientos injustos o contrarios a la utilidad común. Función muy importante es ésta, sin duda, y a ella atienden la conminación y la aplicación ejemplar de las sanciones, de la cual puede depender en cierta medida la pacífica convivencia; pero no se agota en este objetivo la finalidad de las leyes humanas. Desde antiguo se ha puesto de resalto que la ley civil tiene también la aptitud de enseñar al hombre la conducta correcta en las relaciones con el prójimo y con el todo comunitario. En tal sentido, San BASILIO decía que la ley es doctora y maestra” (TALE, Camilo, El valor de la ley positiva, en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)). Las leyes positivas estructuran la vida del hombre en sociedad, tanto para bien como para mal. Ellas influyen decisivamente en la mentalidad y costumbres sociales. Las formas de vida y los modelos que ellas legislan no sólo determinan exteriormente la vida social, sino que es conocida su tendencia a modificar las conductas sociales de las futuras generaciones (Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico... *ibidem*). La ley positiva, en la doctrina de Santo TOMÁS, no solamente tiene una utilidad social, en cuanto refrena a los protervos e inadaptados sociales (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 95, a. 1 c.), sino que es un medio para hacer buenos a los hombres (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 92, a. 1 c; I-II, q. 100, a. 9 sed c). “Hay una doble finalidad de la coacción que se conmina en la ley: se procura la tranquilidad común, pero también se intenta un importante objetivo de índole pedagógica: porque por el hecho de acostumbrarse los súbditos a la repetición de conductas correctas, se puede originar, al menos en algunos de ellos, la virtud, en tanto puede suceder que terminen haciendo lo que prescribe la ley “*delectabiliter*” y “*ex propria voluntate*”, dice Santo TOMÁS”. Esto se evidencia también en el hecho de que “el Aquinate, en la estructura metódica de su obra magna, la *Suma theologiae*, emplazó el Tratado de la ley (constituido en su mayor parte por cuestiones acerca de las leyes civiles) dentro de la Ética general, y como uno de los medios para que el hombre alcance el último fin de su vida... En la arquitectura de esta obra monumental, el tratado de la ley se ubica, junto con el tratado de los actos libres, el tratado de los actos involuntarios o afectividad, el tratado de los hábitos y el tratado de la gracia divina, dentro de la teoría de los medios que conducen al fin último de la vida humana, que es la materia de la Parte I-II de la *Suma*” (TALE, Camilo, El valor de la ley positiva... *ibidem*). De modo que las sanciones anejas a las leyes sirven a la pacífica convivencia. Santo TOMÁS menciona también otras razones en favor de la institución de leyes humanas, **que no tienen en cuenta su aspecto coactivo**, y que serían valederas aun en el caso de que no hubiese malicia en los hombres. Una misión importante de la ley positiva es expresar la norma jurídica natural, y también las conclusiones derivadas de ella, y establecerlas así en la comunidad, de un modo

En cuanto a la **estrategia legislativa**, su consideración excede los límites de esta obra<sup>868</sup>. Respecto de la **técnica legislativa**, no

mejor que si se dejara esta faena a los jueces a la hora de resolver las controversias sometidas a su jurisdicción. Así, afirma que mejor es que todas las cosas sean ordenadas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces, y esto por tres razones: La primera, porque es más fácil encontrar pocos sabios, que basten para dar buenas leyes, que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente cada asunto en particular. Segunda, porque los que establecen las leyes reflexionan —o al menos deberían hacerlo— largo tiempo qué es lo que debe ser objeto de la ley, mas los juicios sobre hechos singulares se verifican acerca de casos que se presentan de improviso. Y más fácilmente puede el hombre ver qué cosa sea justa, después de consideradas otras muchas, que solamente por algún hecho aislado. Tercera, porque los legisladores juzgan en general y de lo futuro, mas los hombres que presiden a los juicios juzgan de cosas presentes, a las que están afectos con amor o con odio o con alguna otra pasión, lo cual corrompe el juicio. Esto se desprende del modo del conocimiento de la ley natural. Sus primeros y más universales principios son conocidos por todos los hombres, pero las conclusiones, a medida que se van haciendo más particulares, son menos cognoscibles. Sin embargo, hace falta obtener las conclusiones normativas para regir las relaciones entre los hombres. Por tanto, es necesario que la razón práctica del legislador deduzca y establezca las conclusiones de los principios que se derivan de los principios de la ley natural, pues ellas no son conocidas inmediatamente por todos los hombres, sino que requieren cierto esfuerzo de la razón, y ocurre que no es conveniente que se deje totalmente esta determinación de la conducta debida a los mismos ciudadanos o al arbitrio del juzgador en caso de controversia (Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, q. 95 ad. 2). Además de servir a la pacífica convivencia, también pueden ayudar a la perfección del hombre. Esta doctrina ya se enseñaba entre los antiguos filósofos paganos: los legisladores hacen buenos a los hombres acostumbándolos a las buenas obras. Comenta Guido SOAJE RAMOS: “la norma jurídica en cuanto coactiva tiene una función pedagógica, pues induce a realizar al comienzo, por miedo a la pena, la conducta prescrita, y la reiteración de ésta en un determinado lapso comporta a veces como consecuencia que el obligado asuma la actitud interior habitual de adhesión a la norma, e incluso a veces también la virtud de la justicia” (SOAJE RAMOS, Guido, La norma jurídica, en “Cuaderno didáctico” N° 3, Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires, pág. 41. Cit. por HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico... *ibidem*). Por lo dicho, la norma jurídica positiva es un medio de moralidad, un medio que conduce a la persona hacia su fin último, juntamente con los otros medios: el libre albedrío, los sentimientos, los hábitos virtuosos y la gracia divina (Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho... Historia. Diálogo histórico-crítico... *ibidem*).

<sup>868</sup> Sin embargo, queremos dejar sentada nuestra posición contraria a la estrategia de sancionar en primer lugar una legislación prohibitiva parcial —es decir, comenzar prohibiendo, v. gr. el congelamiento de embriones o la clonación, para arribar finalmente a la prohibición total de las técnicas—, ya que una sociedad que no respeta la dignidad y la vida de las personas que la componen (lo cual se viola con el sólo recurso a las técnicas) atenta contra su fin, el bien común, y por tanto se destruye a sí misma, tal

consideramos que la legislación positiva a sancionarse deba prever todas<sup>869</sup> las situaciones que puedan originarse a partir del empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Basta con prohibir expresamente las técnicas.

#### 4. Proyectos de legislación argentina sobre fecundación artificial extracorpórea

El examen crítico de un proyecto de ley presupone una toma de posición explícita, por parte de quien lo analiza, del tema en cuestión. Hemos adoptado una tal posición en esta obra, basada en una antropología, una ética y una concepción jurídica realista<sup>870</sup>.

La legislación que se dicte en Argentina sobre fecundación artificial extracorpórea deberá asegurar el respeto por los derechos de las personas desde la concepción<sup>871</sup>, so pena de ser tachada de

como se explicó en el capítulo III. No obstante lo dicho, entendemos que la postura contraria tiene un sólido fundamento en la siguiente argumentación de Santo TOMÁS DE AQUINO: la ley humana pretende inducir a los hombres a la virtud, pero no repentina, sino gradualmente. Por eso no impone desde un principio a la multitud de los imperfectos las obligaciones propias de los ya virtuosos. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... *ibidem*, I-II, 96, 2 ad 2.

<sup>869</sup> Mariano MORELLI sostiene que, tal como sucede en general en los temas relacionados con la vida humana naciente, no se trata de sancionar leyes específicas, lo que suele derivar en un exceso de reglamentarismo, sino que se extienda a las personas por nacer la protección legal que reciben las personas nacidas (Cfr. MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria... *ibidem*). Por nuestra parte, consideramos prudente y necesario legislar expresamente en el ámbito civil prohibiendo estas técnicas, y hacerlo tratando de evitar la pronta desactualización de la normativa —mediante principios generales— pero a la vez acotando el margen de discrecionalidad de los jueces para que no derive en sentencias arbitrarias. El punto de partida de esta legislación debe ser la consideración del embrión humano como persona, consideración que ya hemos fundado suficientemente desde un punto de vista antropológico, ético y jurídico.

<sup>870</sup> En caso de que nuestra postura no se comparta, hacemos nuestras las consideraciones del Dr. QUINTANA, que aplican el principio *in dubio pro vita* al campo legislativo: “Frente a algunas circunstancias fácticas puede resultar comprensible que tanto legislativa como judicialmente se contrapongan diversas opiniones y al legislador y al juez se le presenten dudas sobre la mejor o más conveniente de ellas, pero en ciertas materias, tales como la vida y la muerte de las personas, basta una duda para desautorizar una normativa que puede resultar gravemente lesiva de la naturaleza humana”. QUINTANA, Eduardo M., Consideraciones... *ibidem*.

<sup>871</sup> Cfr. capítulo IV de esta obra.

inconstitucional. Por lo tanto, la única solución compatible con el derecho natural y positivo argentino es la prohibición total<sup>872</sup> de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y los mecanismos que estas conllevan<sup>873</sup>.

Por otra parte, permitir estas técnicas por vía legislativa o judicial “tanto vale como mandar a algún facultativo que lo practique, como obligar a los Servicios de Seguridad Social a que lo acepten y a que dediquen sus servicios a tal función, o como a imponer, en fin, a contribuyentes o asegurados, a la carga de pagarlo”<sup>874</sup> (esta afirmación, que fue hecha en 1983 respecto del aborto, es hoy una realidad no sólo respecto de este delito sino también respecto de la fecundación artificial extracorpórea, tal como hemos mostrado en el capítulo anterior). Además, la cruel práctica del congelamiento<sup>875</sup> de embriones no cesará en tanto no se prohíban total y definitivamente las técnicas<sup>876</sup>.

<sup>872</sup> “Podrá decirse, quizás, que una ley meramente permisiva o una autorización judicial... no obliga a nadie. Así hasta podrá argumentarse, al igual que se hizo en el tema del divorcio, que únicamente practicarán (las técnicas)... los que quieran hacerlo y nadie más... La realidad es que una permisiva o una autorización indebida en esta materia tan grave puede llevar consigo, ocultas, quizás sin quererlas ni advertirlas, normas de naturaleza imperativa en la práctica. Francisco SUÁREZ explicó magistralmente cómo la ley puramente permisiva no existe en la práctica, como tal ley sólo lo es en cuanto laten en ella determinados preceptos imperativos”. GARCÍA TORRES, Tristán, *La vida y el aborto...* *ibidem*.

<sup>873</sup> Nos referimos a la selección y crioconservación de embriones en la mayoría de los casos, entre otros.

<sup>874</sup> GARCÍA TORRES, Tristán, *La vida y el aborto...* *ibidem*.

<sup>875</sup> Uno de los problemas éticos y jurídicos que se están planteando en la jurisprudencia argentina (cfr. cap. V) es el del destino de los embriones crioconservados, consecuencia muy frecuente –al menos en el estado actual de desarrollo de las técnicas– del empleo de la fecundación artificial extracorpórea. Cualquiera de las opciones que puedan esbozarse para resolver el problema del destino de estos embriones –que no hemos analizado por exceder el marco de esta obra– reviste elementos negativos, puesto que el mal que ha originado tal situación ya está hecho. Como explicamos en el capítulo IV, se trata de una situación de injusticia que es de hecho irreparable. Por otra parte, de poco sirve que se propongan soluciones para el problema de los embriones “restantes” o “supernumerarios” crioconservados, si no se embiste su causa: evitar la proliferación de los mismos. En efecto, mientras se sigan produciendo embriones *in vitro*, el problema se convierte en un círculo vicioso y las soluciones que se sugieran no serán, por tanto, definitivas.

<sup>876</sup> Hacemos nuestro el punto III –denominado “Técnicas de reproducción asistida”–

inciso c), de las conclusiones de la Comisión 1º de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003), cuyo tema fue: “Comienzo de la existencia de la persona humana”, que establece: “Es necesario prohibir las técnicas de fecundación artificial por ser contrarias a la dignidad de la transmisión de la vida humana, afectar el derecho a la vida y el derecho de no discriminación y a la igualdad” (HERRERA, BARBIERI, PETRELLI, LAFERRIERE, CARTASSO, GONEM, VIVES, MENDEZ SIERRA, COSSARI)”.  
 Las conclusiones de la Comisión establecen lo siguiente: En el punto III denominado “Técnicas de reproducción asistida”: a) Es necesario regular las técnicas de reproducción asistida prescindiendo de éticas particulares para asentar la respuesta legal en lo que la moral social acepta como valioso, dentro del contexto de una sociedad pluralista y democrática, teniendo como referencia los derechos humanos. Dicha regulación debería receptor aportes provenientes de otras disciplinas y establecer soluciones jurídicas revisables ante los avances científicos (STEIN, E, CHAVARRI, CERUTTI, PLOVANICH, WOLCOWICZ, MEDINA, ARRIBERE, SALMASO, AZVALINSKY, MOLINA QUIROGA, WUST, ALLIAUD, FERNÁNDEZ DE VIGAY, SURT, SAN MARTÍN, PODESTÁ, GANC, BERTOLDI DE FOURCADE, JURE). b) Es necesario regular las prácticas de reproducción humana asistida, las que deberán estar orientadas exclusivamente a fines terapéuticos (forma de remediar la esterilidad) y no como medio alternativo de procreación. Deberán fecundarse exclusivamente la cantidad de óvulos que puedan ser implantados en el útero materno (SAUX, BASANTA, JUNYENT BAS, SANDOVAL, SANTI, VIDELA, BITTAR DE DURALDE, SAMBRIZZI, GONZÁLEZ DEL CERRO, ARIAS DE RONCHIETTO, JAUREGUIBERRY, COBAS, CHIAPERO DE BAS, LEAL). Agregado de los Dres. SAMBRIZZI y ARIAS DE RONCHIETTO: no deberá fecundarse un número mayor de tres óvulos y deberán transferirse al efecto de la implantación todos los fecundados (GIANFELICI, PALACIOS, GONZÁLEZ, C., VIDELA, GONZALEZ DEL CERRO, JAUREGUIBERRY, LEAL, BASANTA). Agregado de la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO: la regulación estatal deberá proteger los derechos de los embriones, con resguardo, de las instituciones y normas del derecho de familia y de la constitución (JAUREGUIBERRY; LEAL, VIDELA, SAMBRIZZI, GONZÁLEZ DEL CERRO, CHIAPERO DE BAS, GONZÁLEZ C.). c) Es necesario prohibir las técnicas de fecundación artificial por ser contrarias a la dignidad de la transmisión de la vida humana, afectar el derecho a la vida y el derecho de no discriminación y a la igualdad (HERRERA, BARBIERI, PETRELLI, LAFERRIERE, CARTASSO, GONEM, VIVES, MENDEZ SIERRA, COSSARI).

El punto IV de las mismas conclusiones, denominado “Crioconservación” dictamina: a) La crioconservación debe limitarse exclusivamente a los supuestos en que por razones excepcionales no puedan ser transferidos para su implantación en el útero materno (PODESTÁ, PALACIOS, JURE, STEIN P, BASANTA, BERTOLDI DE FOURCADE, CHIAPERO DE BAS, SANTI, VITAR, CERUTTI, PLOVANICH, AZVALINSKY). b) La crioconservación de embriones agravia a la dignidad y atenta contra los demás derechos de la personalidad que le corresponden a la persona por nacer. Por lo cual solo pueden crioconservarse los embriones cuya transferencia resulta imposible (BARBIERI, VIDELA, GONZÁLEZ C, GONEM, JAUREGUIBERRY, ARIAS, GONZÁLEZ DEL CERRO, COSSARI, PETRELLI, LAFERRIERE, MÊNDEZ SIERRA, SAMBRIZZI, CARTASSO, PERYRANO, HERRERA). En el punto V (“Clo-

A continuación analizaremos algunos proyectos de ley referidos al tema, en especial los debatidos en el Senado de la Nación a partir de la sesión del 25 de junio de 1997, representativos de diferentes posturas, haciendo una crítica de cada uno de ellos<sup>877</sup>.

#### 4.1. Proyectos de ley ¿permissivos o prohibitivos?

Se han presentado, desde la década del 90, numerosos proyectos legislativos en el Congreso Nacional, con diversidad de posturas.

Roberto ANDORNO<sup>878</sup> plantea dos problemas básicos en la toma de postura frente al tema: 1) valor que se le reconoce al ser humano embrionario, ya que el embrión es el principal afectado por las técnicas. ¿El embrión humano es una persona o una cosa para el derecho? 2) reconocimiento o no de la familia de base biológica afectiva como ámbito adecuado para el nacimiento y formación de la vida humana (problema de la fecundación heteróloga). En base a la respuesta que se dé a estos dos puntos, el jurista dis-

nación”) se establece: V.1.- Deben prohibirse las prácticas eugenésicas (unanimidad). V.2.- a) Debe prohibirse la clonación de embriones humanos con fines reproductivos (MOLINA QUIROGA, MEDINA, SAUX, JURE, STEIN, P, BERTOLDI, PLOVARICH, SALMASO, AZVALINSKY, FERNÁNDEZ DE VIGAY, PODESTÁ Y ARRIBERE). b) Debe prohibirse todo tipo de clonación humana (SAMBRIZZI, GONEM, PEYRANO, SANDOVAL, ARIAS, GONZÁLEZ DEL CERRO, RODIL, VIVES, MÉNDEZ SIERRA, COSSARI, PETRELLI, LAFERRIERE, CARTASSO, LEAL, GONZÁLEZ ANDÍA, GANC, HERRERA, BARBIERI, BITTAR). Agregado Dr. SAMBRIZZI: se debe permitir la reproducción de células somáticas. (SAMBRIZZI, GONEM, PEYRANO, ARIAS, GONZÁLEZ DEL CERRO, RODIL, VIVES, MÉNDEZ SIERRA, COSSARI, BITTAR, PETRELLI, LAFERRIERE, CARTASSO, LEAL, GANC, HERRERA, BARBIERI, VIDELA, CHAPERO DE BAS). Cfr. COMISIÓN N° 1 COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA, Conclusiones, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (Rosario, 2003).

<sup>877</sup> No consideraremos los tipos penales propuestos en ellos por exceder el marco de esta obra.

<sup>878</sup> Cfr. ANDORNO, Roberto. Procreación asistida: Posiciones contrapuestas ... ibidem.

tingue entre corrientes legislativas **restrictivas**<sup>879</sup> o **permissivas**<sup>880</sup>.

Nosotros hemos reelaborado el segundo interrogante planteado por el jurista, de la siguiente manera: el reconocimiento o no de la familia de base biológico-afectiva como ámbito adecuado para la concepción, gestación, nacimiento y educación de la persona. Al redefinir el segundo problema de esta forma y leído a la luz del primero, necesariamente hay que incorporar las corrientes **prohibitivas** de las técnicas de referencia. Por lo cual distinguimos entre proyectos **prohibitivos** –como los Proyectos AVELIN, AVELIN DE GINESTAR y LÓPEZ DE ZAVALÍA y otros- y **permissivos**, y dentro de éstos, moderados y amplios.

También podemos destacar la existencia de proyectos **parciales**, tales como el Proyecto S-2439/07 presentado en la Cámara de Senadores por Adriana BORTOLOZZI DE BOGADO, incorporando al Código Civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación<sup>881</sup>; el proyecto de creación del tutor general de

<sup>879</sup> Las corrientes **restrictivas** se caracterizan por lo siguiente: se exigen ciertas condiciones de estabilidad por parte de los receptores de las técnicas (que, en todos los casos, deben constituir una pareja heterosexual estable); las técnicas heterólogas (con gametos de terceros) son desalentadas, cuando no prohibidas. Se procura así hacer coincidir, en la medida de lo posible, el vínculo biológico de paternidad y maternidad con el vínculo social; se reconoce al niño el derecho a conocer a su padre biológico en el supuesto de que se hubiera recurrido a gametos de terceros; la vida embrionaria es protegida de las manipulaciones más graves desde el momento mismo de la concepción, al disponerse que todos los embriones obtenidos *in vitro* deben ser transferidos a su madre biológica. De este modo, sostiene el Dr. ANDORNO, se evitan los problemas de la existencia de bancos de embriones congelados, la donación de embriones, la experimentación con ellos, etc.

Respecto de esto último cabe destacar que toda fecundación artificial extracorpórea conlleva –en el estado actual de las técnicas, tal como lo demostramos en el capítulo III- necesariamente la selección embrionaria y consecuente crioconservación de embriones o el descarte de los sobrantes.

<sup>880</sup> Las posturas permissivas se caracterizan por las siguientes notas: ausencia de requisitos especiales por parte de los destinatarios de la procreación asistida, aceptación de todas las variantes técnicas, anonimato del donante de gametos -sin posibilidad para el hijo de conocer la identidad de sus padres biológicos-, respeto tardío por la vida humana embrionaria (en general, a partir del día catorce de la fecundación) y como consecuencia hay una amplia libertad de manipulación embrionaria y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes.

<sup>881</sup> El Proyecto consta de un solo artículo, que establece “Incorpórase al Código Civil

embriones y “ovocitos pronucleados” de la Nación y consiguiente modificación del Código Civil al respecto (S-4580/06, de autoría de Luis A. FALCÓ<sup>882</sup>), entre otros.

Un párrafo aparte merece el proyecto S-1153/07 de Silvia E. GIUSTI<sup>883</sup>, diputada por la Provincia de Chubut, que solicita se agregue como último párrafo del artículo 70 del Código Civil el siguiente texto: “El óvulo fecundado en forma extracorpórea, antes de su transferencia al seno materno, no goza de la protección jurídica que este Código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas por nacer”. El proyecto lo calificamos como **parcial** dado que no contempla expresamente todos los aspectos de la fecundación artificial extracorpórea, pero su permisividad totalmente amplia hace innecesaria cualquier otra disposición normativa. Si proyectos como éste se sancionasen, toda legislación sobre fecundación artificial deviene -reiteramos- innecesaria: todo estaría permitido. Pensamos que una ley en este sentido debería ser tachada de inconstitucional por nuestros tribunales.

Argentino el artículo 63 bis el que quedará redactado de la siguiente manera: “Los acuerdos de maternidad subrogada son insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito. Quienes lo acuerden, consientan o ejecuten, sin perjuicio de las responsabilidades que determina este código, podrán ser juzgados por los tribunales competentes como partícipes de las figuras previstas por las normas que protejan penalmente, la identidad de las personas y la fe pública”. El artículo 2 es de forma. Cfr. BORTOLOZZI DE BOGADO, Adriana, Proyecto de ley (Expediente S-2439/07) incorporando al Código Civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación.

<sup>882</sup> “Artículo 1°.- Incorpórase al Código Civil el artículo 493 bis, con el siguiente texto: “El tutor general de los embriones y ovocitos pronucleados humanos integra el Ministerio Público de Menores en todas las jurisdicciones del país en que haya embriones u ovocitos pronucleados humanos criopreservados. Sus funciones son análogas a las del defensor oficial de menores, así como su jerarquía, recursos y remuneración, pero se limitan al amparo de los embriones y ovocitos pronucleados humanos criopreservados. Su deber principal es velar por el respeto de la vida, la integridad física y la dignidad de sus defendidos, y es parte esencial en todos los juicios que los involucren”. Artículo 2°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo”. FALCÓ, Luis A., Proyecto de creación del tutor general de embriones y “ovocitos pronucleados” de la Nación y consiguiente modificación del Código Civil al respecto (Expediente S-4580/06).

<sup>883</sup> Cfr. GIUSTI, Silvia E., Proyecto de modificación del art. 70 del Código Civil (Expediente S-1153/07).

## 4.2. Proyectos presentados en la Legislatura Argentina

Antes de analizar algunos de los proyectos que se han presentado sobre el tema a lo largo de los años en el Congreso de la Nación, cabe destacar que desde el 1 de marzo de 2007 al 1 de diciembre de 2011 no existen proyectos de ley con estado parlamentario que prohíban totalmente las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Los proyectos permisivos correspondientes a ese período<sup>884</sup> versan en su mayoría sobre los siguientes tópicos:

<sup>884</sup> Los presentaremos ordenados por fecha de ingreso o trámite más reciente en la Cámara de Diputados, conforme aparecen en la *web* de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación <http://www.diputados.gov.ar/>

Consignaremos su/s firmante/s, el título del proyecto, el N° de expediente y la calificación que le hemos otorgado, a saber: a) Parcial: hace referencia a que el proyecto no contempla todos los aspectos de la fecundación artificial extracorpórea; b) Prohibitivo o permisivo, tal como hemos explicado anteriormente:

IBARRA, Vilma L., Proyecto de ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida (Expediente 6054-D-2011): permisivo.

MAJDALANI, Silvia; Proyecto de ley sobre Régimen de técnicas de reproducción humana asistida (Expediente 5056-D-2010): permisivo amplio.

GIUDICI, Silvana M.; STORNI, Silvia; PORTELA, Agustín A.; TUNESSI, Juan P.; Proyecto de ley sobre Régimen de reproducción humana asistida y crioconservación (Expediente 4423-D-2010): permisivo amplio.

GONZALEZ, Nancy S. y otros, Proyecto de ley sobre régimen de prevención y tratamiento de la infertilidad (Expediente 3953-D-2010): permisivo amplio.

BIANCHI, Ivana M., Proyecto de ley de Fertilización humana asistida (Expediente 2663-D-2010): permisivo.

BONASSO, Miguel L.; SOLANAS, Fernando E.; ARGUMEDO, Alcira S.; BENAS, Verónica C.; GIL LOZANO, Claudia F., Proyecto de ley de reproducción humana asistida. Régimen de accesibilidad y regulación de las técnicas (Expediente 2459-D-2010): permisivo.

VARGAS AIGNASSE, Gerónimo, Proyecto de ley de fertilización asistida. Inclusión de su tratamiento dentro del Plan Médico Obligatorio (Expediente 2106-D-2010): parcial permisivo.

MAJDALANI, Silvia C.; MENDOZA, Sandra M., Proyecto de ley para incorporar al Plan Médico Obligatorio la infertilidad como enfermedad (Expediente 0492-D-2010): parcial permisivo.

PRIETO, Hugo N.; Proyecto de ley sobre maternidad subrogada (Expediente 4098-D-2011): parcial permisivo amplio.

BARRIOS, Miguel A.; FEIN, Mónica H.; CUCCOVILLO Ricardo O.; Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida: modificación de la Ley 25.673 sobre garantía de acceso a toda la población (Expediente 3169-D-2011): parcial permisivo amplio.

LEGUIZAMON, María L.; Reproduce Proyecto de ley reconociendo a la infertilidad como una enfermedad e incorporando su tratamiento al Programa Médico Obligato-

rio en el Nomenclador Nacional de prácticas médicas Ref. 2215-S-2005 (Expediente 5854-D-2010): permisivo.

OLIVA, Cristian R. y otros; Proyecto de ley de asistencia psicológica a la mujer durante la esterilidad, infertilidad, embarazo, parto, puerperio y/o hasta el primer año de vida del hijo. Incorporación al PMO (Expediente 0753-D-2010): parcial.

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de regulación de la procreación asistida (Expediente 1690-S-2010): permisivo.

FELLNER, Liliana B., Reproduce Proyecto de ley sobre marco normativo para el desarrollo y la aplicación de técnicas para la procreación humana asistida Ref. 170-S-2008 (Expediente 202-S-2010): permisivo.

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 C.C., adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida (Expediente 1506-S-2009): parcial. No se pronuncia expresamente sobre la prohibición o permisividad de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea.

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de regulación de la reproducción humana asistida y la investigación sobre material genético (Expediente 1021-S-2009): permisivo.

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de otorgamiento de cobertura del Plan Médico Obligatorio a tratamientos de fertilización asistida y sus derivaciones (Expediente 750-S-2009): parcial permisivo.

LORES, Horacio, Proyecto de ley incorporando como prestaciones obligatorias la cobertura total o parcial del diagnóstico y tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de las obras sociales y las empresas o entidades de medicina prepaga (Expediente N° 740-S-2009): parcial permisivo.

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley sobre procreación humana asistida (Expediente N° 1742-S-2008): permisivo.

GIRI, Haide E., Reproduce Proyecto de ley sobre aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Ref. 2733-S-2006 (Expediente 955-S-2008): permisivo.

SAADI, Ramón E., Proyecto de ley estableciendo como prestaciones médico obligatorias los tratamientos que utilicen técnicas de fertilización humana asistida (Expediente 688-S-2008): parcial permisivo.

FELLNER, Liliana B., Reproduce Proyecto de ley sobre marco normativo para el desarrollo y la aplicación de técnicas para la procreación humana asistida Ref. 3443-S-2006 (Expediente 170-S-2008): permisivo.

BORTOLOZZI, Adriana, Reproduce Proyecto de ley de regulación de la reproducción humana asistida y la investigación sobre material genético Ref. 799-S-2006 (Expediente 113-S-2008): permisivo.

LEGUIZAMÓN, María L., Reproduce Proyecto de ley reconociendo a la infertilidad como una enfermedad e incorporando su tratamiento al Programa Médico Obligatorio en el Nomenclador Nacional de prácticas médicas Ref. 2215-S-2005 (Expediente 2042-S-2007): parcial permisivo.

GALLEGO, Silvia E.: Proyecto de ley modificando la ley 25.673 Programa Nacional de salud Sexual y Procreación responsable (Expediente 1769-S-2007): parcial permisivo.

GIUSTI, Silvia E., Proyecto de modificación del art. 70 del Código Civil (Expediente S-1153/07): total permisivo, tal como se ha explicado.

reconocimiento de la esterilidad o infertilidad como una enfermedad; inclusión de las técnicas de fecundación artificial en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de Salud Sexual y procreación responsable (Ley 25.673), creación de registros para establecimientos que realicen las técnicas.

AUGSBURGER, Silvia; BISUTTI, Delia; FEIN, Mónica; PERALTA, Fabián; SESMA, Laura; STORNI, Silvia, Proyecto de acceso a la reproducción humana asistida, salud sexual y procreación responsable (Expediente 0680-D-2009): parcial permisivo.

COMELLI, Alicia M., Proyecto de modificación del Programa de salud sexual y procreación responsable (Expediente 0190-D-2009): parcial permisivo.

KRONEBERGER, Daniel, Proyecto de inclusión de la infertilidad y técnicas de fertilización asistida en el Programa Médico Obligatorio (3056-D-2009): parcial permisivo.

GARCIA MENDEZ, Emilio, Proyecto de reconocimiento de la infertilidad como patología e inclusión de las técnicas de fertilidad asistida en la cobertura del Plan Médico Obligatorio (Expediente 6811-D-2008): parcial permisivo.

GUTIÉRREZ, Graciela, Proyecto de Procreación humana asistida: objeto, definición, creación de un Registro de establecimientos habilitados (Expediente 4931-D-2008): permisivo.

BIANCO, Lia, Proyecto de ley de regulación de inseminación terapéutica con semen de donante (Expediente 2977-D-2008): Permisivo de la inseminación terapéutica con semen de donante (fecundación intracorpórea heteróloga).

CAMAÑO, Graciela, Proyecto de ley de regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida (Expediente 1437-D-2008): permisivo.

BONASSO, Miguel; GIL LOZANO, Claudia, Proyecto de ley de reproducción humana asistida (Expediente 5937-D-2008): permisivo. Es uno de los proyectos más amplios que hemos leído.

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley de reconocimiento de la infertilidad como enfermedad y de su cobertura por todas las obras sociales y empresas de medicina prepaga (Expediente 2574-S-2008): parcial, permisivo.

ALFARO, Germán E., Proyecto de ley de reconocimiento de la infertilidad como patología y su incorporación al Plan Médico Obligatorio (Expediente 4008-D-2008): parcial, permisivo.

VILLAVARDE, Jorge A., Proyecto de ley sobre régimen para la reproducción humana asistida (Expediente 3465-D-2008): Permisivo. Es uno de los proyectos más moderados de los que hemos considerado.

MARTIN, María E., Proyecto de ley sobre sistema de atención integral a las personas con discapacidad (Expediente 5822-D-2007): Parcial, permisivo, amplio.

FALCÓ, Luis A., Proyecto de creación del tutor general de embriones y "ovocitos pronucleados" de la Nación y consiguiente modificación del Código Civil al respecto (Expediente S-4580/06): Parcial. No se pronuncia sobre la prohibición de las técnicas.



### 4.3. Postura prohibitiva

#### 4.3.1. Proyecto AVELIN<sup>885</sup>

Si bien han pasado más de 10 años desde la presentación del proyecto AVELIN<sup>886</sup> en el Senado de la Nación, y el mismo ha perdido estado parlamentario, consideramos relevante su estudio, por adoptar una postura prohibitiva total<sup>887</sup>. Además, resulta de interés por ser uno de los primeros proyectos en Sudamérica de regulación de la fecundación artificial.

##### 4.3.1.1. Reforma del Código Civil

El proyecto establece la modificación de los arts. 63 y 70 C.C.<sup>888</sup>.

<sup>885</sup> AVELÍN, Alfredo, Reproduce Proyecto de ley de protección de derechos humanos de las personas por nacer Ref. 1352-S-1995 (Expediente S-97-0450).

<sup>886</sup> El Dr. AVELÍN (médico, senador por San Juan), sienta los principios que fundamentan su proyecto: "Es a fuerza de virtudes que la humanidad mantiene desde su génesis en el hogar la cuna para nacer, crecer, reproducirse y morir. Es la cuna natural que por encima de leyes y marcos jurídicos tiene la fuerza de la vida en el claustro materno, sin manipular la fecundación, sino sellando con el amor al nuevo ser que se anida en el vientre y en el corazón de la pareja, sin intervención de terceros, sin laboratorios fríos, cubiertos de probetas y sin ese contexto espiritual y moral que tiene el nido natural de la concepción. La fuerza de la vida es la fuerza del amor y no el reparto de gametos o embriones". A la par, alerta sobre dos errores graves de nuestro tiempo, que se traslucen en los proyectos permisivos, a saber: "el consecuencialismo y el proporcionalismo. El primero que atiende a la supuesta o cierta bondad de la consecuencia de los actos humanos, no importando entonces los medios para lograrlo. Y el segundo, que justifica un mal, siempre que sea menor que otro". (AVELÍN, Alfredo. Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica).

<sup>887</sup> Es uno de los pocos proyectos prohibitivos presentados en nuestro país, junto con el proyecto de la Dra. Nancy AVELIN DE GINESTAR, que lo reproduce parcialmente, y el proyecto LÓPEZ DE ZAVALÍA y otros.

Cabe destacar la existencia asimismo del proyecto prohibitivo presentado por el Diputado Luis POLO, si bien el mismo limita la prohibición hasta tanto se cuente con un marco normativo que regule dichas actividades. Cfr. POLO, Luis; Proyecto de ley de prohibición de las prácticas de fecundación humana artificial en el ámbito del territorio nacional (Expediente 4857-D-96).

<sup>888</sup> "Art. 2.- Modifícase el artículo 63 del Código Civil que queda redactado de la siguiente manera: Artículo 63: Son personas por nacer las que no habiendo nacido

Al definir la concepción como la penetración del óvulo por el espermatozoide, despeja toda duda con referencia al caso de los denominados "ovocitos pronucleados"<sup>889</sup>, y **refuerza** lo que hemos dicho respecto de la ilicitud de las técnicas, ya que la persona es actualmente tutelada en su vida y dignidad por nuestro ordenamiento jurídico desde aquel momento inicial.

En cuanto a la reforma del artículo 70 del Código Civil, propuesta por el art. 3 del proyecto, la misma debe armonizarse con el resto del proyecto de ley, es decir que las técnicas de fecundación artificial o médicamente asistida se prohíben y sancionan (art. 5 y siguientes del proyecto de ley bajo análisis), pero en caso de incumplimiento de la prohibición legal y consecuente existencia de embriones producto de las mismas, éstos son personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno o fuera del mismo nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados

están concebidas. Hay concepción cuando el espermatozoide penetra el óvulo. Art. 3.- Agrégase como segundo párrafo del artículo 70 del Código Civil, el siguiente: La misma regla se aplicará cuando la concepción se haya producido fuera del seno materno por fecundación extracorpórea. La violación de las disposiciones de la ley no altera la filiación genética".

<sup>889</sup> Esto es de gran importancia dado que hay muchos centros de fecundación artificial extracorpórea que afirman que los "ovocitos pronucleados" (es decir, aquellos en los que se ha producido la penetración del óvulo por el espermatozoide, sin que todavía se hayan fusionado sus núcleos) pueden ser congelados sin ser este acto antijurídico, ya que aquellos no son sujetos de derecho. Esta distinción no tiene asidero científico y es un artilugio más para manipular seres humanos, artilugio que el presente proyecto desmascara en su artículo segundo. Diferenciar cualitativamente las distintas fases del desarrollo, sirve como método científico de estudio del proceso de inicio de la vida, pero bajo ningún concepto puede traducirse en criterios que impliquen desprotección de algún estadio de esa fase de desarrollo que se realiza de una manera continua a partir del momento de la fecundación del óvulo. Este criterio ha sido el adoptado por la Recomendación N° 1046/1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (cfr. cons. 5 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación N° 1046/1986, Cit. por CASAS, María C.; GUERRERO, Mariana C., El respeto a la vida humana temprana (un compromiso bioético y biojurídico). Ponencia presentada en la Comisión "Bioética y derecho civil", 1° Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, (Buenos Aires, 22-23/08/00), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética y la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

de su madre<sup>890</sup>.

#### 4.3.1.2. Autoridad de aplicación

El art. 4 del proyecto -que establece como autoridad de aplicación al Ministerio Público de Menores<sup>891</sup>- refuerza lo que nuestra legislación ya establece<sup>892</sup>.

#### 4.3.1.3. Prohibición de las técnicas

El art. 5 del proyecto AVELIN prohíbe expresamente la “fecundación artificial o fecundación humana médicamente asistida”<sup>893</sup>. A continuación el art. 5 refuerza lo antes afirmado, al aclarar que “quedan autorizados los medios técnicos que no sustituyan al

<sup>890</sup> Cabe recordar que nuestro Código Civil dispone en la nota al art. 63 que “...las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre...”, lo cual es plenamente concordante con lo establecido por el art. 70 en su actual redacción y con la reforma que se propone al mismo.

<sup>891</sup> El art. 4 del proyecto establece: “Asígnase al Ministerio Público del Menores, la función de controlar y supervisar el cumplimiento de esta ley en las actividades que hacen a la intervención e investigación en personas por nacer que se desarrollen en el territorio nacional”.

<sup>892</sup> En efecto, la ley orgánica 24.946 de Ministerio Público en su Título II se refiere a “menores e incapaces”, sin especificar que comprende a personas por nacer, aunque esto se desprende del juego armónico de este título con la Convención de los Derechos del Niño, que lo define en su art. 1 como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Cfr. ley 24.946, Título II, Funciones y Actuación- Sección III -Ministerio Público de la Defensa- Capítulo Único -Defensores Públicos de Menores e Incapaces, arts. 54 a 57). Podría objetarse que el Código Civil distingue entre personas por nacer y menores en el art. 69, pero este artículo debe armonizarse con el art. 126, que establece que **son menores** las **personas** que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años. El género persona comprende sin duda el de las personas por nacer.

<sup>893</sup> Luego el art. 5 define estos términos: “Se entiende por fecundación artificial o fecundación humana médicamente asistida, a los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer”. Es una definición amplia, en cuanto comprende la amplia gama de técnicas de fecundación artificial intracorpóreas o extracorpóreas existentes o susceptibles de existir, lo cual es conveniente dado la “evolución” de la “ciencia” en este campo. Pero a la vez es una definición precisa, que no deja lugar a dudas ni es susceptible de interpretaciones.

acto sexual, sino que sean una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”<sup>894</sup>.

#### 4.3.1.4. Sanción civil

Como corolario de la condición de persona del concebido, al embrión formado en el seno materno o fuera de él, debe reconocérsele su dignidad, su derecho a la vida y a la salud, cuya violación ha de generar el consecuente **resarcimiento**, tal como se establece en este proyecto bajo análisis. Analizaremos a continuación algunos de los posibles supuestos de responsabilidad civil<sup>895</sup> -en el marco del derecho argentino- que se configuran por la realización de técnicas de fecundación artificial extracorpórea<sup>896</sup>, enmarcando en ellos al contemplado en el Proyecto del Senador AVELÍN.

La responsabilidad civil -y el derecho de daños- se han reorientado en las últimas décadas respecto del deber de reparar los daños, incorporando al tradicional esquema punitivo -que sancionaba al violador de la norma- un paradigma que atiende a la víctima de un daño injustificado, que reclama una reparación. El acento se

<sup>894</sup> Una enumeración no exhaustiva de estos medios técnicos no sustitutivos del acto conyugal puede ser la siguiente: “Son ciertamente lícitas las intervenciones que tienen por finalidad remover los obstáculos que impiden la fertilidad natural, como por ejemplo el tratamiento hormonal de la infertilidad de origen gonádico, el tratamiento quirúrgico de una endometriosis, la desobstrucción de las trompas o bien la restauración microquirúrgica de su perviedad. Todas estas técnicas pueden ser consideradas como auténticas terapias, en la medida en que, una vez superada la causa de la infertilidad, los esposos pueden realizar actos conyugales con un resultado procreador, sin que el médico tenga que interferir directamente en el acto conyugal. Ninguna de estas técnicas reemplaza el acto conyugal, que es el único digno de una procreación realmente responsable”. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae... ibídem*, N° 13.

<sup>895</sup> El Código Civil establece un régimen diferente según que se haya violado una obligación stricto sensu (responsabilidad contractual) o bien que se haya transgredido el deber genérico de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual o Aquiliana). Ambos regímenes conllevan diferencias en cuanto a: a) Extensión del resarcimiento. b) Prescripción de la acción resarcitoria. c) Constitución en mora. d) Prueba de la culpa. e) Discernimiento del responsable. f) Ley aplicable.

<sup>896</sup> Si bien desde una perspectiva metodológica más rigurosa hubiese correspondido tratar el tema de la sanción y responsabilidad civil en el capítulo IV, hemos querido hacerlo aquí para resaltar los méritos del proyecto del Senador AVELÍN que comentamos.

pone ya no tanto en el daño causado como en el **daño sufrido injustificadamente**. Sin perjuicio de ello, el esquema tradicional se mantiene vigente, asegurando el orden de la justicia, el cual pide que los transgresores sean castigados<sup>897</sup> y que la equidad de la justicia lesionada se restablece por la compensación de la sanción<sup>898</sup>. La sanción restaura la igualdad de la justicia en cuanto causa al culpable trasgresor un daño. Es decir que la sanción es un acto de justicia, y específicamente -al parecer de prestigiosos juristas<sup>899</sup>- de justicia distributiva.

#### 4.3.1.4.1. Daños

Distinguimos<sup>900</sup> tres categorías de daños: 4.3.1.4.1.1. daños en relación a la identidad genética (como consecuencia de la manipulación genética del embrión), 4.3.1.4.1.2. daños en relación a la identidad filiatoria<sup>901</sup> (como consecuencia de la disociación de la identidad de la persona en identidad biológica y filiatoria), y 4.3.1.4.1.3. otros daños que pueden afectar al embrión producido *in vitro* (por la crioconservación, prácticas eugenésicas, etc). Estos daños se pueden configurar del siguiente modo.

<sup>897</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino: texto latino de la edición crítica Leonina. Traducción y anotaciones por una Comisión de PP Dominicanos presidida por el Excmo. y Rvdm Sr. Dr. Francisco BARBADO VIEJO, o.p. (Madrid, 1959) Edit. Biblioteca de autores cristianos, I, q. 49, a. 2.

<sup>898</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, Santo, Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino... ibidem, I-II, q. 87, a. 6.

<sup>899</sup> Cfr. CODESIO, Eduardo A.; DE MARTINI, Siro M.A., El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino. (Buenos Aires 2005). Edit. El Derecho. Colección académica, pág. 10 ss.

<sup>900</sup> En el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, una ponencia clasificó los daños a ser indemnizados al embrión que sufre las técnicas de fertilización artificial en: daños en relación a la identidad genética, daños en relación a la identidad biológica y daños en relación a la identidad filiatoria. Cfr. BRUCITA, Diana L.; GARCÍA, Silvana I., Derecho a la Identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida. Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños: "Responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos". Buenos Aires, 2-4/10/02. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

<sup>901</sup> El proyecto del Senador AVELÍN regula la responsabilidad por daños filiatorios al embrión, denominándolos "genéticos".

#### 4.3.1.4.1.1. Daños en relación a la identidad genética

El daño se configuraría por la alteración del patrimonio genético del embrión y su predeterminación antes del nacimiento. La única excepción que podría admitirse es que la alteración celular o la manipulación genética tenga por objeto el tratamiento del gen afectado a fin de evitar enfermedades en el embrión, siempre y cuando no se ponga en riesgo su vida.

Cabe reiterar que la ciencia ha determinado que las técnicas de fecundación artificial son idóneas para la producción de estos daños, y constituyen una de sus causas principales<sup>902</sup>.

#### 4.3.1.4.1.2. Daños en relación a la identidad filiatoria

El derecho a la unidad identitaria del niño se encuentra consagrado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño,

<sup>902</sup> La Dra. MARTÍNEZ-FRÍAS analiza los resultados publicados sobre los potenciales riesgos de las técnicas de fecundación artificial para el desarrollo embrionario y fetal, desde el punto de vista de los conocimientos científicos actuales sobre los procesos biológicos básicos de ese desarrollo. Enumera aquellas causas de los daños que podrían ser aplicables a las propias técnicas de fecundación artificial ("teratogénicas"). Entre ellas, se pueden destacar las siguientes: 1.- En ciertas técnicas se realiza una limpieza de todo el cúmulo de células que rodean al ovocito antes de la fecundación y es posible que todo ese complejo de células sea importante para ciertas actividades del ovocito como, por ejemplo, para el mantenimiento de la parada meiótica. Esto implicaría que su eliminación podría producir cambios tanto en la progresión de la meiosis (dando lugar a alteraciones cromosómicas) como problemas de *imprinting*. 2.- Con la ICSI (Inyección intracitoplasmática) no sólo se introduce el pro-núcleo del esperma en el citoplasma del ovocito, sino el acromio y las enzimas digestivas, lo que podría alterar los mecanismos de la homeostasis celular. 3.- Con la inyección intracitoplasmática, se podría producir también una destrucción mecánica del huso mitótico. 4.- Los diferentes medios de cultivo que se utilizan podrían estar relacionados con las alteraciones del desarrollo. De hecho, en experimentación, se ha vinculado con problemas del suero y con el contenido de metionina de los cultivos, que podría ser un factor crítico en los cambios de metilación. 5.- La duración del tiempo de cultivo de los embriones, puede tener también efectos adversos. 6.- Muchas, si no todas, las técnicas de fecundación artificial utilizan la estimulación ovárica para producir una sobreovulación que actuará sobre ovocitos inmaduros, lo que podría dar lugar, entre otros cambios, a diferentes alteraciones cromosómicas y problemas de *imprinting*. 7.- Las técnicas de fecundación artificial, sobre todo las que mantienen más tiempo el embrión sin transferir, podrían dar lugar a alteraciones en la formación de los gametos del futuro hijo. Cfr. MARTÍNEZ-FRÍAS, María Luisa, Técnicas de reproducción asistida y defectos congénitos: ¿riesgo "teratogénico" o genético?, en Evid Pediatr. 2006; 2: 66.

y en su ley reglamentaria N° 26.061. La COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>903</sup> ha concluido recientemente por unanimidad que “los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”<sup>904</sup>. Y refiriéndose asimismo a la filiación, por 30 votos afirmativos contra 9 negativos, se concluyó: “En caso de que se regularan las técnicas de fecundación artificial, deberían constar de modo indubitable y explícito en todos los órdenes del derecho civil, la responsabilidad solidaria (no mancomunada) del médico o profesional interviniente en el proceso de fecundación”.

Los daños a la identidad filiatoria de los niños producidos extracorpóreamente se configurarían a partir de la imposibilidad del hijo de conocer su origen biológico, es decir, quiénes son su padre y madre biológicos, no sólo en los casos de “fecundaciones heterólogas directas” con “dadores” anónimos de gametos, sino también en caso de fecundaciones homólogas que se transforman en fecundaciones heterólogas por **errores** imputables a los profesionales intervinientes -cuando, por ejemplo, se “traspapelen” los gametos de los cónyuges en una fecundación homóloga y en su lugar se utilicen gametos ajenos al matrimonio, casos harto frecuentes, como explicamos en capítulos anteriores<sup>905</sup>- y por **fraudes** en la identidad del paciente<sup>906</sup>.

Puede ocurrir que el marido que dio su consentimiento<sup>907</sup> para

<sup>903</sup> COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, *Conclusiones*, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011). Sesión sobre el tema “Incidencia de la Ley 26.618 en el derecho de familia”.

<sup>904</sup> Lamentablemente estos derechos primordiales de los niños continúan violándose por parte de algunos Magistrados argentinos en sus sentencias. Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Una nueva violación de la ley al ordenarse otra inscripción en el Registro Civil de un niño como hijo de dos mujeres*. En “El Derecho” 243 - 17/08/2011, N° 12.815.

<sup>905</sup> Cfr. *Por error médico se implantó el último embrión... ibidem: Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra... ibidem*.

<sup>906</sup> Cfr. *Tres millones de niños probeta... ibidem*.

<sup>907</sup> Cabe aclarar que consideramos de objeto ilícito este tipo de consentimientos in-

la práctica heteróloga con posterioridad se retracte, negando o impugnando con éxito la paternidad (arts. 258, 259 y 260 C. C.). Otro supuesto se configuraría cuando la esposa se ha sometido a una fecundación heteróloga sin consentimiento del marido. Nacido el hijo -emplazado como hijo del matrimonio, en virtud de la presunción del art. 243 del C.C.- el marido inicia una acción tendiente a impugnar la paternidad, y esta prospera, quedando así el hijo sin vínculo paterno, por ser generalmente el “dador” de semen anónimo. Asimismo podría darse el caso de una madre soltera que se someta a las técnicas con dador anónimo de gametos, en cuyo caso también el niño se verá privado de vínculo paterno. Respecto a la filiación materna indeterminada, nos hemos pronunciado en el capítulo IV a favor de considerar a la gestante como madre.

El art. 6 del proyecto AVELIN -que desarrollaremos más adelante- contemplaría un supuesto de daños en relación a la identidad filiatoria del niño producto de estas técnicas -según la clasificación que hemos adoptado- aunque el proyecto la denomine “filiación genética”. Pensamos que este artículo 6 no hace una enumeración exhaustiva de situaciones que generan responsabilidad por el uso de estas técnicas. Por tanto, todos los demás supuestos de daños hacen nacer asimismo la obligación de responder civilmente.

#### 4.3.1.4.1.2.1. Resarcimiento por imposibilidad de determinación de la filiación

Puede darse el caso, a raíz de la implementación de la fecundación artificial, en que sea imposible determinar la filiación del niño nacido, por ser los donantes de gametos anónimos. En estos casos, se ha previsto en dos proyectos de ley como sanción civil por la violación de la prohibición legal de recurrir a las técnicas, además de las sanciones penales previstas por los mismos proyectos, la responsabilidad patrimonial de los profesionales intervinientes, en calidad de progenitores. Su finalidad es desalentar la

formados.

donación de gametos, fundado en el derecho a la identidad<sup>908</sup> de las personas concebidas por técnicas artificiales.

El art. 4<sup>909</sup> del proyecto prohibitivo de las técnicas de fecundación artificial del Diputado Dr. LÓPEZ DE ZAVALÍA -que ha perdido estado parlamentario y al que nos referiremos más adelante- contempla el supuesto analizado en este acápite, si bien no hace una enumeración exhaustiva de situaciones que generan responsabilidad por el uso de estas técnicas, estableciendo dos sanciones de naturaleza civil: la responsabilidad patrimonial de progenitor y la multa.

El art. 6<sup>910</sup> del proyecto prohibitivo de las técnicas del Senador Dr. AVELIN también contiene una cláusula similar, sin establecer un límite de edad para el resarcimiento al concebido *in vitro*.

<sup>908</sup> Cfr. art. 7 y 8 Convención sobre los Derechos del Niño, que implica como corolario que todo niño tiene derecho a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Cuando un niño sea privado ilegalmente de su identidad, el Estado tiene la obligación de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecerla rápidamente. Por consiguiente, el padre que no reconozca a su hijo en el momento de su nacimiento deberá responder civilmente. Asimismo deberá exigirse a la madre de una persona no reconocida por su padre, en su condición de representante necesaria del niño, que en el acto de inscribir el nacimiento inste la acción de filiación.

<sup>909</sup> “Si se violara la prohibición del artículo anterior o se excedieren los límites de la tolerancia allí especificada, el profesional actuante será sancionado con una multa de \$10.000 a \$50.000. Si por haberse empleado gametos anónimos, nacieran hijos cuya filiación genética no pudiera ser determinada, el profesional actuante asumirá además la responsabilidad patrimonial del progenitor, hasta la mayoría de edad del así concebido” (cfr. art. 4). LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; MENEIGHINI, Javier R.; IBARBIA, José M.; ALVAREZ ECHAGÜE, Raúl A.; TOPA, Raúl R.; TOMA, Miguel A.; IBARRECHE, Julio C.; GERMANO, Alberto R.; GALLO, Orlando J.; FERNÁNDEZ GILL, Guillermo C., Proyecto de ley sobre Programa de crecimiento demográfico (Expediente 1378-D-93).

<sup>910</sup> “Si, en violación a la presente ley, se recurriera a técnicas de reproducción artificial empleándose gametos anónimos y como resultado de las mismas nacieren niños cuya filiación genética no pudiese ser determinada, el profesional actuante asumirá, además de la sanción establecida en el artículo 7, la responsabilidad patrimonial de progenitor”. AVELÍN, Alfredo, Reproduce Proyecto de ley de protección de derechos humanos de las personas por nacer Ref. 1352-S-1995 (Expediente S-97-0450). Art. 6.

Esto es consecuencia de la cruda realidad: el “acto sexual fecundante”, en la tecnología reproductiva, es el de los técnicos de laboratorio.

La sanción de atribución de “responsabilidad patrimonial de progenitor” es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico y muy acertada. Los requisitos para que se configure son los siguientes:

#### 4.3.1.4.1.2.1.1. Antijuridicidad

La antijuridicidad quedaría específicamente establecida por el artículo 6 del proyecto del Senador AVELÍN que comentamos<sup>911</sup>: es la violación de la ley mediante el recurso a las técnicas y además empleando gametos anónimos<sup>912</sup>.

#### 4.3.1.4.1.2.1.2. El daño

El artículo proyectado contempla como daño la violación del derecho del concebido a venir a la existencia en forma natural, en el seno de una familia, a su dignidad y específicamente a su identidad.

#### 4.3.1.4.1.2.1.3. Legitimados pasivos

Sostenemos que estamos frente a un supuesto de juicio de responsabilidad civil, al cual se aplican analógicamente, entre otras, las normas de filiación extramatrimonial, ya que se dará uno de los efectos de la misma: la responsabilidad patrimonial “como progenitor” del profesional actuante.

El art. 247 del Código Civil establece que “La paternidad extra-

<sup>911</sup> Más allá del supuesto de responsabilidad civil del proyecto que comentamos, consideramos que el ordenamiento jurídico argentino vigente prohíbe implícitamente las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, como corolario del reconocimiento de la condición de persona del concebido formado en el seno materno o fuera de él, y de su dignidad, derecho a la vida y a la salud. Sentado ello, el recurso a las técnicas y el empleo de las mismas -en las que se da un gravísimo atentado contra la vida, salud y dignidad de la persona humana-, constituye delito (entendido en sentido amplio, abarcando los delitos penales, contravenciones, ilícitos administrativos y civiles -delitos y cuasidelitos-) y genera el correspondiente resarcimiento.

<sup>912</sup> La violación a la ley -según el proyecto- se da por el solo empleo de estas técnicas. Pero para que se dé la imposibilidad de determinarse la filiación, en el uso de las técnicas se debe haber recurrido al empleo de gametos donados -en el mejor de los casos- o vendidos -práctica habitual en los centros de fecundación artificial-. Ambos contratos son de objeto ilícito, como hemos explicado en capítulos anteriores.

matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal". Por tanto, si los donantes de gametos –masculinos- son anónimos, y no se produce un reconocimiento del niño como hijo por parte del donante, el profesional interviniente en las técnicas (médico, genetista u otro) será reputado en juicio, a los efectos patrimoniales, como progenitor.

En caso de que hubiese imposibilidad de determinar la filiación paterna por ser el donante de espermatozoides anónimo, y hubiese más de un profesional actuante, se plantean dos hipótesis: hacer responsable al director del equipo profesional que interviene en las técnicas, o bien hacer responsable a cualquier actuante –en la terminología del proyecto- en las técnicas, a elección del demandante. Nos inclinamos por esta última hipótesis, ya que de lo contrario los que están al frente de los equipos profesionales de los centros de fecundación artificial podrían eludir esta responsabilidad interponiendo testaferros u "hombres de paja".

En cuanto a la prueba de la intervención del profesional en la realización de las técnicas, consideramos que deberá ser amplia, es decir que, tal como sucede en las acciones de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte (cfr. art. 253 del Código Civil).

En el caso de donante de gametos femeninos, nos pronunciamos -al estudiar el supuesto de maternidad subrogada-, a favor de quien gesta y da a luz, considerándola como madre a todos los efectos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales<sup>913</sup>.

<sup>913</sup> El fundamento legal de esta postura es el Código Civil, que en su art. 242 establece que "la maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido". Asimismo, de esta forma se tiene en cuenta el interés del hijo quien, de permitirse y prosperar una acción de impugnación de maternidad, quedaría sin una madre cierta, en el supuesto de que el óvulo proviniera de una donante anónima. Además, en las relaciones jurídicas familiares juega un rol predominante el **orden público**, por lo que este "contrato" no se rige por la autonomía de la voluntad de las partes, quedando prohibida la renuncia por parte de la gestante a la maternidad jurídica que resulta del parto. En forma concordante, si se plantea la impugnación de la maternidad por el hijo de la mujer que lo gestó, con fundamento en el hecho de haber aquélla utilizado para la fecundación un óvulo de otra mujer, tanto al hijo como a cualquier interesado le está vedada esta acción. Por tanto debería hacerse jugar armónicamente este artículo 6 del proyecto de ley bajo

#### 4.3.1.4.1.2.1.4. Legitimados activos

##### 4.3.1.4.1.2.1.4.1. Hijos

Los hijos podrán reclamar los "derechos patrimoniales de progenitor" del profesional actuante si su filiación no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En caso de haber fallecido el profesional actuante escogido por el hijo, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales o contra otro de los profesionales actuantes, a elección del actor. Sostenemos asimismo -por aplicación analógica del Código Civil- que el hijo podrá entablar las acciones de impugnación de estado de paternidad (arts. 258 ss. C.C.) y de maternidad (art. 261 ss. C.C.) cuando la madre que figure anotada en el Registro Civil no sea la gestante.

Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz<sup>914</sup>.

##### 4.3.1.4.1.2.1.4.2. Ministerio Público

Continuando con la aplicación analógica del Código Civil, en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público, autoridad de aplicación del proyecto de ley que comentamos (cfr. art. 255). El Ministerio podrá promover la acción judicial, aunque no medie conformidad expresa de la madre para hacerlo. En esto nos apartamos de lo establecido por el art. 255, ya que consideramos que la madre, representante legal y necesaria de su hijo, al haber consentido la utilización de las téc-

análisis con el resto del ordenamiento civil vigente en lo que atañe a la donación de gametos femeninos.

<sup>914</sup> Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos (cfr. art. 254 C.C.).

nicas con donante anónimo, tiene intereses contrapuestos en este punto con los de su hijo. Por otra parte, el fundamento del art. 255 CC al establecer el requisito de la conformidad de la madre es no exponerla al deshonor, pero esto no se configura en el supuesto que analizamos, ya que es la misma mujer la que recurre a las técnicas de modo que el padre sea incierto. Por tanto, el Ministerio Público reclamará la filiación de estos niños inscriptos como de padre desconocido, y se lo reputará implícitamente autorizado para promover la pretensión patrimonial resarcitoria, preservando en lo posible el derecho a la intimidad de la madre.

#### 4.3.1.4.1.2.1.5. Efectos

La responsabilidad civil como progenitor -debidamente acreditada en juicio- tendrá el mismo efecto patrimonial que el reconocimiento expreso de paternidad, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico o genético -tal como lo denomina el proyecto- (cfr. art. 256)<sup>915</sup>. Si el reclamo de responsabilidad patrimonial en calidad de progenitor importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última (cfr. art. 252 C.C.).

#### 4.3.1.4.1.2.1.6. Tipo de responsabilidad

Tal como explicamos anteriormente, la responsabilidad civil se ha reorientado en el último tiempo respecto del deber de reparar los daños<sup>916</sup>, incorporando al tradicional esquema punitivo -que

<sup>915</sup> Conforme lo establecido por el art. 67 del C.C., el pleito deberá reservarse para después del nacimiento del niño. Según el art. 251 del citado cuerpo normativo, el derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales -de los cuales se trata en el caso que analizamos- ya adquiridos, están sujetos a prescripción.

<sup>916</sup> Hace más de treinta años -explica el Dr. MOIA- "José María LÓPEZ OLACIREGUI sintetizaba el estado de situación de la responsabilidad civil, denunciando en profundas líneas un lento proceso de reorientación del fenómeno resarcitorio (LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA; Esencia y fundamento de la responsabilidad civil; RDCO 1.978-941). Al tradicional esquema punitivo que buscaba sancionar a quien había violado la normatividad, le sucedía un planteo esencialmente opuesto, que no

buscaba culpables sino que atendía a la víctima de un hecho lesivo que, como acreedor de una deuda de responsabilidad requería una reparación. Una víctima de un daño injustificado, cuyo peso era necesario imputar o distribuir. Como el propio autor lo denomina, el pasaje del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. Sobre esa senda continuó el desarrollo del derrotero del ahora denominado derecho de daños (ya que el daño pasó a tener un papel central en la relación de responsabilidad), llegando a la categorización del daño injusto al margen de tipos preestablecidos (DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO; El daño injusto en la responsabilidad civil. *Alterum non laedere*; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 1.996)... El hecho del daño sufrido por un sujeto sin justificación alguna representa un obrar lesivo que genera un débito de justicia a favor de la víctima. Ese es el principio esencial que trasunta el campo de la responsabilidad civil. El daño representa un desequilibrio que priva a la víctima de un bien de la vida. Dicha privación rompe el esquema asignado en la distribución de los bienes e impone la prioritaria obligación de recomponer el equilibrio roto. Es que cuando hablamos de la Justicia como el principio de la responsabilidad civil nos estamos refiriendo a la aplicación concreta de aquel viejo y conocido enunciado que la resume: dar a cada uno lo suyo. Siguiendo a HERVADA (HERVADA, JAVIER; Introducción crítica al Derecho Natural; Pamplona; EUNSA; 1.981), diremos que la noción de lo suyo viene dada por una previa distribución de los bienes y que debe ser respetada cumpliendo con el derecho. Cuando no se respeta tal preceptiva, privando a alguien de lo que es suyo, debe restituirse. Y se debe restituir al sujeto particular que es a quien se quitó aquello que le correspondía por un título validante. Debe dársele sin hacer acepción alguna de personas o situaciones. La proporción de la restitución o de la reparación, está dada por una relación de igualdad que existe entre las cosas. No se debe menos, pero tampoco más que lo necesario para suplir aquello de lo que se ha visto privado. La *restitutio*, base de esta relación de justicia no es más "la acción de poner a uno de nuevo (*iterato*) en posesión y dominio de lo que le pertenece, *restitutio* quiere decir tanto como reposición, restitución, resarcimiento" (PIEPER, JOSEPH; Las virtudes fundamentales; Madrid, Rialp; 1.976, pág. 132). Conjuntamente con la Justicia opera en sustento de la responsabilidad civil la solidaridad. Ésta hace al individuo partícipe de la suerte común, aportando a los beneficios y soportando las pérdidas del conjunto social. La fraternidad mueve a todos los individuos a compartir el esfuerzo por el bienestar común, sin que ello signifique el desconocimiento del bien individual (HERNÁNDEZ, HÉCTOR H.; Derecho Subjetivo. Derechos Humanos. Doctrina Solidarista; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 1.999, cap. I Hacia una doctrina solidarista del derecho subjetivo)... La culpa es insuficiente frente al derecho de la víctima a ser indemnizada, resumía LÓPEZ CABANA en su tesis doctoral, agregando que "lo que se pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar daños" (LÓPEZ CABANA, ROBERTO M.; La demora en el derecho privado; Buenos Aires, Abeledo Perrot; 1.993, pág. 58. Igualmente se recomienda consultar sobre este punto PIZARRO, RAMÓN D; Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa; Buenos Aires; Universidad; 1983, caps. II, VII y VIII). De la mano del redimensionamiento del daño en sí mismo y de la fractura de la mezquina tipificación legislativa de los daños se ha dado una eclosión de los hechos considerados dañosos. Ámbitos que hasta ayer eran extraños

al derecho de daños hoy son campo propicio para su desarrollo. No es que se hayan descubierto nuevos supuestos hasta ayer inexistentes. Es que la recategorización de prioridades y orientaciones del derecho, primordialmente el de “personalización” del derecho, como reacción a los antecedentes de “patrimonialización”, han dado cauce a nuevos reclamos (Vide MOSSET ITURRASPE, JORGE; El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad; RDPyC 1; así como MOSSET ITURRASPE, JORGE; Los “nuevos vientos” de la reforma en el derecho privado patrimonial: en Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda; Buenos Aires; La Ley; 1.985, pág. 296). En sí, no son todos nuevos los daños, sino los reclamos por ellos, y el reconocimiento judicial de su resarcibilidad. Hay también un grupo dentro de este rubro que han aparecido modernamente a raíz de nuevos problemas. Se habla así del daño al proyecto de vida, del daño biológico, del daño psicológico, entre otros diferenciados del tradicional daño moral...

La jurisprudencia nacional fue dando muestras del reordenamiento de fuentes y principios. Especial mención en ese proceso merecen dos señeras sentencias de nuestro máximo tribunal: Santa Coloma, Luis F. y ots. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos (ED 120-651, con nota de BORDA, GUILLERMO A.; El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar) y Gunther, Fernando R. c/ Estado Nacional (ED 120-524, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; Base constitucional del resarcimiento por daños sufridos en acto de servicio militar), ambas falladas el 5 de agosto de 1.986 (Sobre el particular cf. LEONARDI DE HERBÓN, HEBE; La regla naeminen laedere en el derecho constitucional; en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y LÓPEZ CABANA, ROBERTO (dir); La responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 1.995; pp. 88/93)... El reconocimiento del principio *naeminen laedere*, que si bien fue explícito ya se encontraba disperso en la legislación infraconstitucional (BUERES, ALBERTO J.; El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta; en TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y STIGLITZ, RUBÉN S.; Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe; Buenos Aires; La Rocca; 1.989, pp. 141/189) significó un paso decisivo para la descomposición del ilícito civil típico. Repárese que la Corte habla de que no existe un derecho a dañar a otro. Lo que en palabras de DE LORENZO significa afianzar el pasaje de la concepción “*contra ius*” del ilícito a la concepción “*sine iure*” del daño injusto y lo lleva a un enunciado general del siguiente tenor: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado”, planteando en consecuencia que “en principio todo daño sufrido es injusto y salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado” (Cf. DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO; El daño injusto... op. cit., pág. 77). Además de consolidar el fundamento constitucional de la reparación en sí, nuestro Tribunal Címero ha sentado el criterio de la integralidad del resarcimiento (CS, 24/8/95; Pérez, Fredy Fernando. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos; LL 1.995-E-17; H., B.T. y otra c/ Roveda, Arturo, fallada el 19/12/95; DJ 1.996-2-325). Consideramos esencialmente justo e indispensable en función del principio de Justicia que opera detrás de la responsabilidad civil. De otra manera, no se entendería la proporción de identidad que se da entre el perjuicio sufrido y la indemnización que debe enjugarlo”. MOIA, Ángel L., Tesina final del Postgrado de daños, presentada en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, 2010), inédita, en formato digital.

sancionaba al violador de la norma- un paradigma que atiende a la víctima de un daño injustificado, que reclama una reparación. Así, cabe distinguir el régimen aplicable a las acciones por daños ocasionados en el marco de la fecundación artificial extracorpórea según quienes revistan la calidad de sujetos activos<sup>917</sup> y/o pasivos de la pretensión resarcitoria.

El reclamo de los hijos contra los profesionales actuantes y centro de fertilización artificial, se enmarca dentro del ámbito aquiliano o extracontractual<sup>918</sup>. Esto implica que resultarán indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas de los generadores del daño, como así también aquellas que previeron o debieron prever, empleando la debida atención y conocimiento de las cosas (arts. 903 y 904 C.C.), y el daño moral sufrido por el hijo (art. 1078 C.C.). El plazo de prescripción será de 2 años (art. 4037 C.C.).

¿Cuál es el factor de atribución de la responsabilidad en el caso bajo análisis (reclamo de los hijos contra los profesionales actuantes “en calidad de progenitores a los efectos patrimoniales”)? Consideramos que es objetivo, ya que nos encontramos ante una actividad (técnicas de fertilización extracorpórea) apta para causar daños<sup>919</sup>. En cuanto a la carga de la prueba, en principio, quien

<sup>917</sup> Según algunos autores como Graciela MEDINA e Irene HOOFT, los **progenitores** tendrían derecho a deducir acciones contra los profesionales actuantes, y/o el establecimiento de fecundación artificial, que caerían bajo la órbita contractual. Cfr. MEDINA, Graciela; HOOFT, Irene, Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida, en [www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000038.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000038.pdf)

No compartimos esa posición doctrinal. Al resultar el contrato nulo por ser de objeto ilícito, ninguna acción resarcitoria puede derivarse de él, ya que quien asumiría el rol de la actora no podría alegar desconocer los graves y manifiestos vicios que afectaban al contrato suscripto con la demandada. Reiteramos que no corresponde reconocer derecho a indemnización por un contrato nulo de nulidad absoluta.

<sup>918</sup> Si bien el régimen legal aplicable a la relación médico-paciente es el derivado de la órbita contractual, ya que la mayoría de las veces se trata del incumplimiento de un contrato, existen excepciones a ese principio general, tales como los casos en los cuales el servicio del profesional no es requerido por el paciente sino por una persona distinta, como en el presente caso, en que los progenitores –clientes- son quienes solicitan la aplicación de las técnicas, siendo pacientes los embriones.

<sup>919</sup> Por tanto el eje del problema de la responsabilidad se desplaza de la culpabilidad del autor a la causalidad, esto es, a la determinación de cuál hecho fue, materialmente, causa del daño, y de su aplicación resulta que, cuando no se puede determinar



demanda tiene a su cargo demostrar su título (vale decir, uno de los actos ilícitos aptos para generar resarcimiento) y la causa física del daño (contacto material entre la conducta y un resultado). No obstante esto, consideramos que rige la teoría de la carga probatoria dinámica, que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla<sup>920</sup>, ya que, en el supuesto bajo análisis, indudablemente no es el hijo nacido a consecuencia de estas técnicas quien ocupa tal posición ventajosa.

#### 4.3.1.4.1.3. Otros daños

##### 4.3.1.4.1.3.1. Resarcimiento por daños a la salud del niño

Los requisitos para que se configure la responsabilidad son los siguientes.

###### 4.3.1.4.1.3.1.1. Antijuridicidad

Ni el proyecto bajo análisis ni nuestro ordenamiento jurídico vigente contemplan normas específicas que regulen la responsabilidad de los progenitores y/o de terceros por los daños a la salud de los nacidos mediante técnicas de fecundación artificial extracorpórea, razón por la cual todo planteo resarcitorio deberá resolverse a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil<sup>921</sup>. Por lo tanto, serán responsables los progenitores, los profesionales médicos y su equipo, y la clínica donde se desarrollen

quién causó el daño, el deber de reparar a la víctima pesa igualmente sobre el titular de la actividad (en el caso, profesional actuante).

Si bien las actividades riesgosas no están expresamente contempladas por el art. 1113 del C.C., la jurisprudencia ha entendido que el mismo les resulta de aplicación. Este factor de atribución objetivo se encuentra legislado en el título de los actos ilícitos, lo cual concuerda con la prohibición legal que establece este proyecto bajo análisis (cfr. art. 1066 C.C.).

<sup>920</sup> Cfr. Voto del Dr. AMEAL en CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA K, in re A.F.J. c/ La uruguay Argentina S.A., en "Jurisprudencia Argentina" 2006-IV-pág.526.

<sup>921</sup> Consideramos que resulta aplicable el principio general que se atribuye a ULPIANO: "Alterum non laedere", que no es más que el primer principio de la sindéresis: "hacer el bien y evitar el mal" adecuado a la relación de alteridad.

las técnicas, por cualquier acción imputable a los mismos<sup>922</sup> que genere un daño al nacido. A igual conclusión cabe arribar respecto de quienes autoricen –aquí incluimos a los legisladores y jueces-, consientan y/o realicen cualquier manipulación<sup>923</sup> y/o experimentación con los embriones, por los daños que tales prácticas puedan acarrear al nacido.

#### 4.3.1.4.1.3.1.2. El daño

Respecto de niños nacidos a raíz de las técnicas, se pueden enumerar daños a su salud, tanto física como psicológica y espiritual<sup>924</sup>, con ocasión de los cuales, los hijos producto de fecundaciones extracorpóreas podrán reclamar indemnización a sus padres y a todos los enumerados en el acápite anterior.

Es importante aclarar que no consideramos como daño resarcible la transmisión de enfermedades hereditarias al niño que nace como fruto de estas técnicas, salvo que sea dolosa. De lo contrario se estaría fomentando indirectamente la selección eugenésica embrionaria. Tampoco es atendible la reparación pecuniaria al

<sup>922</sup> Y, dada la invulnerabilidad absoluta de la dignidad humana y el respeto que es debido a la vida y salud del embrión, toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad por daños originados en la fecundación artificial que se pacte al contratar las técnicas será nula, al igual que el contrato mismo, por ser de objeto ilícito.

<sup>923</sup> Por lo expuesto en los capítulos II, III y IV, sostenemos que el mero recurso a las técnicas de fecundación extracorpóreas constituye una manipulación del embrión.

<sup>924</sup> Al producirse la fertilización y el primer desarrollo del embrión fuera del cuerpo de la madre, ¿no da esto lugar a un aumento del riesgo de defectos congénitos o de retraso en el desarrollo cognitivo y motor en el niño? ¿Tienden los padres, por su firme deseo de tener un hijo, a la sobreprotección o exageradas expectativas respecto del mismo? ¿Será inusual y desviada la relación padre-hijo? Asimismo pueden causarse: a) enfermedades físicas o psicológicas derivadas de la utilización de las técnicas, b) enfermedades físicas o psicológicas derivadas de la de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos; c) daños físicos o psicológicos derivados de la crioconservación de embriones; y d) daños físicos o psicológicos derivados de la clonación, prácticas eugenésicas, octogénesis (esta técnica implica desarrollar un embrión en un útero artificial, hasta una edad gestacional determinada. Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., *La biotecnología y el derecho a la identidad*, en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnologia.html>), crioconservación y destrucción de embriones, hibridación, entre otras.

niño nacido por el hecho de haber nacido<sup>925</sup>, ya que la misma vida no puede constituir un perjuicio que dé derecho a reparación. Nos fundamos para aseverar esto en la propuesta del Gobierno francés, aprobada por la Asamblea General el 10 de enero de 2002, que desestimó la doctrina del caso Perruche<sup>926</sup>. El texto aprobado por

<sup>925</sup> Ver al respecto CANELLOPOULU BOTTIS, María, *Wrongful birth and wrongful life actions*, *European Journal of Health Law*, 11: 55-59, 2004. Cit por LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *Técnicas de procreación humana: propuesta...* *ibidem*.

<sup>926</sup> En 1982, Josette PERRUCHE, en estado de gestación, ante una infección de rubéola de su hija mayor, pidió un diagnóstico advirtiendo que, en caso de que ella estuviera contagiada, abortaría. El médico y el laboratorio que realizaron las pruebas concluyeron, erróneamente, que Josette no padecía rubéola. Así, prosiguió el embarazo y alumbró a Nicolás, que nació con severos trastornos. Diez años después, los padres de Nicolás demandaron a los responsables del error médico y obtuvieron una indemnización. Más tarde, a fin de asegurar la atención a Nicolás durante toda la vida, presentaron otra querrela, que ganaron, a nombre de su hijo. Es decir, pedían que se reconociese a Nicolás como **perjudicado por el error que permitió que naciera**. El Tribunal de Casación dictaminó el 17 de noviembre de 2000, que un niño nacido minusválido puede conseguir una indemnización siempre que un error médico prive a su madre de la posibilidad de recurrir a una interrupción del embarazo. Tras una reunión de arbitraje entre los directores de gabinete de cuatro ministerios -Justicia, Solidaridad, Salud y Familia-, el Gobierno francés del socialista Lionel JOSPIN presentó a la Asamblea Nacional un texto destinado a poner fin a la llamada jurisprudencia Perruche. El texto del Gobierno incluía tres principios: el niño ya no podrá pedir una indemnización en caso de error médico que haya privado a la madre de la posibilidad de abortar; los padres, en cambio, podrán seguir haciéndolo, y la Seguridad Social ya no podrá volverse contra los padres para recobrar las cantidades que les ha abonado para hacerse cargo de la minusvalía del niño. La propuesta redefine el error médico: "La persona nacida con una minusvalía debida a un error médico puede obtener reparación de su perjuicio cuando el acto erróneo ha provocado la minusvalía, la ha agravado o no ha permitido tomar las medidas para atenuarlo". Este texto, que precisa el derecho de la responsabilidad, no se aplica en casos como el de Nicolás Perruche, pues la falta de cribaje no había provocado directamente la minusvalía del niño sino privado a la madre de la posibilidad de abortar. Pero sí es aplicable a los casos que estamos analizando en este punto. La propuesta del Gobierno francés encaminada a modificar la jurisprudencia Perruche se debatió el 10 de enero de 2002 en la Asamblea nacional. Al entender que un niño podía legítimamente ser indemnizado por el hecho de no haber sido abortado si el defecto hubiera sido detectado, la decisión del Tribunal de Casación ha abierto una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas, y una afrenta al buen sentido: ¿cómo se puede pedir reparación de un daño que no habría podido evitarse más que suprimiendo al que lo ha sufrido y en nombre del cual se reclama justicia? El nacimiento no puede considerarse como un daño para el que viene al mundo. Si el aborto se convierte en una obligación social, no se está lejos de la inducción al eugenismo. Cfr. FRANCISCO, José, *Evolución de la doctrina jurídica en el caso "Perruche"*, en [http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=226](http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=226)

la Asamblea General francesa, en lo que nos interesa, establece: "La persona nacida con una minusvalía debida a un error médico puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el error hubiera provocado la minusvalía, la hubiese agravado o no hubiera permitido tomar medidas para atenuarlo"<sup>927</sup>. Sólo por la minusvalía provocada, agravada o no atenuada por un error médico habrá resarcimiento, y no por el hecho de haber nacido y no haber sido abortado<sup>928</sup>.

[com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=226](http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=226)

<sup>927</sup> Cit. por FRANCISCO, José, *Evolución de la doctrina jurídica...* *ibidem*.

<sup>928</sup> En efecto, la vida no puede considerarse como un daño resarcible por más defectos o enfermedades que se tengan. En la justicia norteamericana se elaboró la doctrina de las "*wrongful life actions*" (Cfr. CORTE DE MARYLAND, in re Kassama vs. Magat, 2001, que establece que en las *wrongful life actions* el daño es la vida misma. Y que el razonamiento esbozado a fin de fundar tales reclamos, no pretende demostrar que de no haber sido por la negligencia médica el niño hubiera nacido sano, sino que presupone que de no haber sido por la conducta negligente, el niño no hubiera nacido), en el mismo sentido que el caso Perruche, aunque afortunadamente no ha sido receptada por los Tribunales. En estas acciones, **el hijo nacido** con malformaciones o con una seria afectación de su salud y/o calidad de vida, reclama al médico no haber detectado e informado a sus progenitores sobre el riesgo de transmisión y/o causación de enfermedades, o acerca de las taras o enfermedades que lo afectaban una vez ya concebido, no pudiendo entonces éstos decidir libremente no procrear o abortar, según el caso.

En el mismo sentido resulta el planteo en las llamadas "*wrongful birth action*", en las cuales son **los padres** quienes reclaman al profesional médico por no haberlos informado adecuadamente o haberlo hecho erróneamente, sobre los riesgos considerables de tener un hijo con anormalidades genéticas o hereditarias, con lo cual se vieron impedidos de meditar la posibilidad de no tener descendencia o de abortar en caso de ya haber concebido. Lo mismo acontece cuando el profesional omitió recomendar la realización de exámenes de diagnóstico prenatal, máxime si los padres registraban antecedentes o presentaban riesgos ciertos de que existieran tales anormalidades. La CORTE DE APELACIONES DE MICHIGAN, in re Taylor v. Surender Kurapati MD, fallado en junio de 1999, sostuvo que el daño por "*wrongful birth*" es una constelación de daños relativos al nacimiento, y se encuentra vinculado con otras dos clases de daños: "*wrongful conception or pregnancy*" y "*wrongful life*". Un fallo más reciente es el resuelto in re Duplan vs. Harper (1999), fallado por el TRIBUNAL DE DISTRITO DE OKLAHOMA, haciendo lugar a la demanda impetrada por el matrimonio DUPLAN contra su médico tratante. Ante un resultado positivo de embarazo, Roseanne DUPLAN solicitó la realización de una prueba para determinar si era inmune al citomegalovirus, dado el alto riesgo de contagio existente en su ámbito laboral. La pareja había decidido que de no ser no-inmune, practicarían un aborto. Del test en cuestión, resultó que Roseanne padecía de una incipiente infección. El facultativo indicó a la enfermera REED que notificara el resultado positivo a la Sra. DUPLAN, quien así lo

hizo. Ante la duda de la paciente acerca de si “positivo” significaba que era inmune o estaba infectada, REED incorrectamente le explicó que “positivo” significaba que era inmune. Tiempo después, Roseanne dio a luz a Zacarías, con numerosos defectos de nacimiento y malformaciones causados por la infección. El tribunal condenó al resarcimiento de los daños emocionales sufridos, y los gastos extraordinarios que demandarían los cuidados especiales de Zacarías. Llegado el caso a la Corte de Apelación, dejó sentado que la demanda por “*wrongful birth*” está orientada a compensar a los padres, y no al niño, por haberse visto privados de optar entre la interrupción del embarazo o el nacimiento de un niño enfermo.

Uno de los pocos estados que ha admitido tales acciones es el estado de Michigan, denominado a tales juicios bajo el rótulo de “*bad baby cases*”. Cabe mencionar lo resuelto por el TRIBUNAL DE APELACIÓN DE INDIANAPOLIS, in re Bader vs. Johnson (2000). Los JOHNSON, en vista de que en el año 1979 tuvieron un hijo con hidrocefalia, y retrasos mentales y motores severos, al que debieron cuidar especialmente hasta su muerte -a los 4 meses de vida-, recurrieron al Dr. BADER a fin de realizarse un test para determinar si el nuevo embarazo de la pareja -durante el año 1982- era normal. La amniocentesis no reveló ninguna anomalía, pero un test de ultrasonido permitió saber que el feto tenía malformaciones. No obstante las instrucciones del Dr. BADER a su equipo, no se comunicó al matrimonio el resultado en cuestión. A las 33 semanas y media de gestación, el ginecólogo de la Sra. JOHNSON le realizó idéntico test y comprobó que el bebé sufría de hidrocefalia, pero a esa altura la señora ya no podía practicar un aborto, dando a luz en septiembre de 1991 a Connie, quien falleció unos meses más tarde. La Corte consideró que el daño a los JOHNSON se traducía en su imposibilidad en decidir terminar con el embarazo de Connie, y consecuentemente, dar a luz a un niño enfermo. Aclaró, asimismo, que el daño no eran los defectos del niño, si no haber privado al matrimonio de la elección antes apuntada.

En el caso Kassama vs. Magat (2001) antes mencionado, la CORTE DE MARYLAND tuvo oportunidad de expedirse sobre el planteo simultáneo de dos acciones: una por “*wrongful birth*” y otra por “*wrongful life*”. En septiembre de 1995, Millicent KASSAMA dio a luz a Ibrion, quien padecía de Síndrome de Down. La Sra. KASSAMA, en su propio nombre y en representación de su hijo Ibrion, inició demanda ante el TRIBUNAL DE CIRCUITO DEL CONDADO contra el Dr. MAGAT -quien la atendió durante el embarazo-, su asociación médica y uno de sus asociados. A título personal, sostuvo que al decidir proseguir su embarazo, no contaba con toda la información necesaria al efecto, atribuyendo tal circunstancia al actuar negligente de los accionados por no haberle realizado determinados tests a raíz de cuyos resultados se hubiera practicado un aborto. Consecuentemente, reclama los daños económicos provocados por la necesidad de tener que criar a un niño “genéticamente defectuoso” (“*wrongful birth*”). Al mismo tiempo, plantea demanda en nombre de su hijo (“*wrongful life*”), con fundamento en la negligencia de los demandados y la teoría de la falta de consentimiento informado. El Tribunal entendió que la Sra. KASSAMA había contribuido con su accionar al resultado dañoso, por haberse demorado más de 4 meses para realizarse las pruebas de sangre indicadas por sus facultativos. En torno a la acción por “*wrongful life*”, Ibrion reclamó una compensación por los padecimientos emocionales, los gastos médicos y educativos incurridos o a incurrir como consecuencia de haber nacido con Síndrome de Down. El tribunal explicó que en los supuestos de “*wrongful*

#### 4.3.1.4.1.3.1.3. Legitimados pasivos

##### 4.3.1.4.1.3.1.3.1. Progenitores

Serán civilmente responsables<sup>929</sup> por los daños físicos, morales y psicológicos padecidos por los hijos fecundados extracorpóreamente los clientes que contratan las técnicas<sup>930</sup>, la “madre de al-

*life*”, el daño es la vida misma, y rechazó la demanda del menor, señalando que ésta era la postura adoptada por 23 estados de los Estados Unidos, y que era imposible calcular los daños resarcibles, comparando una vida defectuosa y una no vida. Cfr. MEDINA, Graciela; HOOFT, Irene, *Responsabilidad por daños causados a los hijos... ibídem.*

<sup>929</sup> Estos daños físicos, morales y psicológicos del embrión concebido extracorpóreamente pueden obedecer no sólo a un actuar doloso o culposo de los progenitores, de los profesionales médicos, y centros de fecundación artificial, e incluso los dadores de gametos -en la inseminación heteróloga-, sino que en su mayoría se ocasionan por la sola utilización de las técnicas de referencia, como mostramos en el capítulo III. Por tanto estamos ante supuestos de responsabilidad objetiva, ya que la actividad misma (técnicas de fecundación artificial extracorpórea y lo que éstas conllevan) es riesgosa.

<sup>930</sup> El Dr. SAUX considera que “en la responsabilidad predicable en orden a los daños genéticos causados en la fecundación técnicamente asistida, en sus múltiples variantes... para poder evaluar los alcances de los distintos matices que el tema plantea -legitimación activa, alcances del resarcimiento, factor de atribución, ámbito contractual o aquiliano de la responsabilidad- debemos partir de la premisa de que **en principio los padres son accionantes y no demandados**, por desconocer el vicio (originario o adquirido) del gameto empleado, siendo legitimados pasivos el personal o equipo médico actuante y, eventualmente, si conocía o debió conocer el vicio, el donante... El daño genético como resultado puede provenir de tres fases: deficiencias propias del gameto (v.gr. alteraciones en los cromosomas que determinen un Síndrome de Down), deficiencias generadas en su manipuleo (v.gr. centrifugado de esperma para determinar el sexo del nasciturus), o bien deficiencias debidas al mal empleo o mala calidad del material técnico (v.gr. indebida temperatura de aparato utilizado en la criopreservación)... **Sólo en este último caso podría hablarse de atribución objetiva** del deber de responder por daños causados por cosas... Los legitimados activos serán los padres del niño afectado -quienes accionarán **contractualmente** contra el equipo médico actuante que no detectó o que generó la deficiencia física en el feto- y el propio hijo, quien lo podrá hacer por la vía aquiliana comprendiendo en ello los daños materiales (incapacidades, pérdidas de chances, daños estéticos o a la plenitud vital) y el perjuicio moral que acreditaran. Legitimados pasivos, según lo expuesto, serán normalmente el equipo médico actuante y eventualmente, en forma concurrente, el dador del material genético en la fecundación asistida heteróloga si sabía o pudo saber el vicio transmitido. **El factor de atribución, tratándose en principio de una obligación de medios, será subjetivo** -doloso o culposo-, salvo el

quiler” y los donantes de gametos.

Uno de los casos indiscutibles en que se dará la responsabilidad de los dadores de gametos es cuando éstos oculten dolosamente información tendiente a determinar la certeza o riesgo de transmitir al concebido enfermedades infecciosas adquiridas, tales como el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), ya que las personas que conozcan su condición de infectados no deben donar sangre o sus derivados, semen, leche materna, órganos o tejidos<sup>931</sup>.

La mujer que “rentó” su vientre responderá civilmente por daños a la salud física y/o psíquica del niño, pero no habrá lugar para reclamo por parte de los padres que “contrataron sus servicios” por los daños que les ocasione a título personal, ya que dicho contrato, reiteramos, es nulo<sup>932</sup> y por tanto no puede dar lugar a resarcimiento. Algunos casos en los que la “madre de alquiler” responderá frente al niño son los siguientes: transmisión de enfer-

caso de que la causa del vicio esté generada en el indebido empleo de aparatología viciosa o riesgosa, que pondrá en juego la objetivación presuncionalmente sostenida en el artículo 1113 del Código Civil” (los resaltados son nuestros). ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Directores); AAVV, La Responsabilidad: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. (Buenos Aires, 1995). Edit. Abeledo Perrot. Pág. 630-631.

La misma consideración realizada en relación a la postura de MEDINA y HOOFT cabe respecto de la posición del Dr. SAUX, quien, al partir de la premisa de que en principio los padres son accionantes y no demandados, por desconocer v. gr. el vicio (originario o adquirido) del gameto empleado, tampoco toma en cuenta la ilicitud de los contratos relacionados con las técnicas de fecundación extracorpórea y se desconoce que las técnicas, aún “correctamente empleadas”, son intrínsecamente dañosas.

<sup>931</sup> Cfr. ley 23.798 y dto. 1758/96, en especial art. 8: “Los métodos a utilizar para la dirección de la presencia del Virus de la Inmunodeficiencia Humana y eventualmente, otros retrovirus humanos, serán los determinados por las Normas Técnicas y Administrativas para los Servicios de Hemoterapia y Bancos de Sangre y para los laboratorios de Inmunoserología de la Provincia. Los donantes de tejidos, órganos, semen, leche materna u otros materiales biológicos serán controlados por los métodos para la detección de HIV, además de la valoración previa de comportamientos que pudieran significar riesgo de exposición al HIV”.

<sup>932</sup> En cuanto al contrato de maternidad subrogada, ya hemos sostenido que es de objeto ilícito (cfr. art. 953 C.C.), por ser inmoral y contrario al orden público, por no respetar el interés superior del niño, por disociar voluntariamente la concepción, gestación y crianza del niño, por generar incertidumbre respecto de la filiación, por estar el útero fuera del comercio y no ser susceptible de contrato de alquiler, entre otras razones. Cfr. Capítulos IV y V.

medades durante la gestación –HIV, sífilis, y otras enfermedades de transmisión sexual-, o por los daños causados por su conducta negligente - tales como consumo de drogas o estupefacientes, alcohol, tabaco, actividades riesgosas, etc.

#### 4.3.1.4.1.3.1.3.2. Profesionales actuantes y centros de fecundación

Con relación a la responsabilidad de los profesionales actuantes y de los centros de fecundación artificial, además de los daños a la salud originados por las técnicas en sí mismas, deberán responder por el mal empleo (v. gr. temperatura en la crioconservación) o mala calidad del material técnico, o deficiencias generadas en la manipulación de los gametos o del embrión (tales como los supuestos de prácticas eugenésicas, octogénesis, terapias génicas<sup>933</sup>, entre otros)<sup>934</sup>. La investigación sobre embriones<sup>935</sup>, si no tiene por

<sup>933</sup> La terapia génica permite la modificación directa del genoma, esto es, la introducción de cambios en el patrimonio genético heredado. En Argentina no existe legislación al respecto. “Por lo pronto el proyecto de Código Civil y Comercial, remitido no hace mucho tiempo por el Poder Ejecutivo al Congreso propone “Prohibir las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales se seres humanos”, la modificación de los caracteres genéticos para “alterar los caracteres de la descendencia, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas” y “toda práctica que afecte la integridad de la especie humana o de cualquier modo tienda a la selección de las personas o la modificación de la descendencia mediante la transmisión de los caracteres genéticos” (Art. 111). BELLUSCIO, Augusto, La Clonación Humana frente al Derecho, en “Derecho de Familia” (Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia) N° 15. Edit. Abeledo-Perrot.

<sup>934</sup> Viene en apoyo de nuestra posición la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas (aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO- en la 26ª sesión plenaria de fecha 11 de noviembre de 1997), que en su art. 8 establece que “toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”.

<sup>935</sup> Por otra parte, en su artículo 12 apartado b de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, dispone: “la libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de conciencia. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y

fin su tratamiento terapéutico<sup>936</sup>, afecta -al menos- su dignidad<sup>937</sup>, y por ende generará la obligación por parte de los investigadores de resarcir el daño consecuente. Estas acciones podrán entablarse incluso contra sus propios progenitores si éstos consintieron las investigaciones y/o experimentos antes mencionados.

#### 4.3.1.4.1.3.1.3.2.1. Responsabilidad de los centros de fecundación

De corresponderle responsabilidad al profesional actuante, el deber de resarcir el daño del centro de fecundación surge en forma objetiva. De ahí que el mismo sólo podrá eximirse de responsabilidad demostrando la ruptura de la relación causal.

#### 4.3.1.4.1.3.1.4. Tipo de responsabilidad

Nos encontramos ante supuestos de responsabilidad extracontractual. El factor de atribución de responsabilidad en todos los casos (de quienes aportan los gametos; de los profesionales intervinientes y de los centros que realizan las técnicas) es **objetivo**, dado que el daño es atribuible al riesgo de la actividad o cosa (cfr. art. 1113 del C.C. y cap. III de esta obra).

Tal como sostiene LORENZETTI, “en general se acepta que tanto las cosas como las actividades puedan causar daños y que ello dé lugar a la imputación objetiva. No hay mayores discusiones en el plano de la autoría. Hay actuación de la cosa cuando ésta ha

mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad”. En este documento se señala que el genoma humano constituye un patrimonio de la humanidad, y que el genoma de cada individuo representa su específica identidad genética. Ello implica un deber de garantizar también las condiciones para su adecuado desarrollo.

<sup>936</sup> Son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual. Cfr. JUAN PABLO II, *Encíclica Evangelium Vitae...* *ibidem*, N° 73. Las intervenciones sobre células somáticas con finalidad estrictamente terapéutica son, en principio, moralmente lícitas. Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae...* *ibidem*, N° 26.

<sup>937</sup> Porque instrumentaliza al embrión y no tiene por finalidad su curación sino la de otro.

causado el daño, ha exorbitado la conducta humana, ha ido más allá de los designios del hombre. No puede decirse que “activo” se oponga a “inerte”. La cosa actúa, es activa, cuando causa el daño, sea que estemos en presencia de una cosa inerte o no. Siempre debe probarse la existencia de una actuación de la cosa causativa del daño. Las otras calificaciones (inerte, peligrosa, riesgosa) no se relacionan tanto con la autoría o la causación sino que tienen un efecto directo en materia probatoria. Cuando normalmente son peligrosas o riesgosas, y se produce el daño, hay una presunción de adecuación; cuando no lo son, la víctima debe probar el riesgo concreto. Lo que interesa es la peligrosidad *ex ante* de la cosa<sup>938</sup>.

Que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea constituyen una actividad riesgosa ha quedado ampliamente demostrado en los capítulos anteriores.

Por otra parte, los gametos humanos –óvulos y espermatozoides-, una vez separados del cuerpo, son “cosas”<sup>939</sup> que revisten características especiales<sup>940</sup>, y corresponde asimilarlos a las cosas riesgosas o viciosas, ya que portan los caracteres genéticos del **progenitor**, únicos e irrepetibles.

Por otra parte, si bien en general la doctrina no considera al cuerpo humano como cosa que cae bajo la previsión del art. 1113 C.C.<sup>941</sup>, sin embargo, desde el momento en que el cuerpo humano

<sup>938</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, (Buenos Aires, 1997). Edit. Rubinzal Culzoni. Pág. 89 del Tomo II.

<sup>939</sup> En el capítulo anterior distinguimos dos teorías respecto de los gametos humanos: la primera los asimila sin más a las “cosas”, al igual que todas las partes renovables del cuerpo humano. La segunda los considera “bienes de la personalidad”, por ser portadores de rasgos físicos y psíquicos de la persona. Adoptamos aquí una postura intermedia, considerándolos “cosas” que revisten características especiales, ya que al ser células germinales, les corresponde un régimen diferente de las restantes células de nuestro cuerpo (v.gr. no se les puede aplicar el régimen jurídico de las transfusiones de sangre -ley 22.290- o de los trasplantes de órganos -ley 24.193-, tal como explicamos en el capítulo anterior).

<sup>940</sup> Por ello, están fuera del comercio y no pueden ser objeto de derechos patrimoniales (no pueden ser objeto de un derecho de propiedad ni ser transmitidos *mortis causa* o donados). Cfr. FERRER, Francisco A. M., *Procreación Asistida. Panorama Jurídico*, (Santa Fe, 1995). Edit. Universidad Nacional del Litoral. Pág. 88.

<sup>941</sup> Cfr. MAYO, Jorge A., *Responsabilidad Civil por los daños causados por cosas inertes*, en “El Derecho” 170-997.

es utilizado como si fuera una cosa –tal es el caso de la **mujer** que accede a la transferencia de gametos o embriones a su seno mediante técnicas de fecundación artificial extracorpórea-, debe aplicarse analógicamente la previsión del art. 1113 del C.C..

En definitiva, la víctima no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa o de la actividad (cfr. art. 1113, 2ª parte, 2º párrafo C.C.), siendo suficiente la demostración del daño causado y el contacto con la cosa riesgosa<sup>942</sup>. Consecuentemente, a los fines de su eximición de responsabilidad, deberán los demandados probar la fractura del nexo causal. A mayor abundamiento, consideramos que la responsabilidad debe ser **objetiva e integral** a modo de escaimiento para que estas técnicas no sigan utilizándose.

#### 4.3.1.4.1.3.2. Responsabilidad civil por crioconservación

ANDORNO<sup>943</sup> advierte la posibilidad de que en el futuro, el nacido después de una crioconservación, reclame los daños por el retardo deliberado de su nacimiento, y por el tiempo en que se vio privado del contacto con sus padres. Por nuestra parte consideramos que también podrá reclamar resarcimiento por la vulneración de su dignidad, por habérselo expuesto a morir o a sufrir daños físicos, psicológicos y morales por efecto del congelamiento, y habérselo privado del goce de los afectos familiares. CAFFERATA<sup>944</sup> afirma que resultaría indemnizable el daño moral causado al hijo contra el equipo médico que procedió al congelamiento del embrión, como contra quienes autorizaron a su realización –en este último supuesto la acción podría ser entablada por el hijo contra los padres que consintieron la crioconservación al consentir las técnicas que la implican en la mayoría de los casos-. Habría asimismo que estudiar con más profundidad la responsabilidad que correspondería a los jueces y legisladores que habiliten el congelamiento de embriones.

<sup>942</sup> Así lo establece el precedente de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 11/05/93, en “Jurisprudencia Argentina” 1994-I-477. Cit. por MAYO, Jorge A., *Responsabilidad Civil por los daños...* *ibidem*.

<sup>943</sup> Cfr. ANDORNO, Roberto, *El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza?...* *ibidem*.

<sup>944</sup> Cfr. CAFFERATA, José I., *Las nuevas técnicas de reproducción humana...* *ibidem*.

#### 4.3.1.4.1.3.3. Responsabilidad civil por clonación

En caso de que un niño naciera como producto de una clonación<sup>945</sup>, ciertamente el nacido tendría derecho a un resarcimiento

<sup>945</sup> Tal como mencionamos en el capítulo I, aún no ha sido posible clonar ningún ser humano. Pero aún si se descubriese la forma de hacer una “reprogramación genética” que permitiera regresar la situación del inicio de la vida, y luego el embrión se desarrollara normalmente, de todos modos ese no sería un ser humano “clonado” dado que los progenitores no aportan la totalidad del material genético de sus hijos. En efecto, desde el punto de vista biológico, cada individuo perteneciente a la especie humana se “autoconstruye”, a partir de varios niveles de información. El primero lo integran las 4 bases que componen el ADN de los cromosomas; este es el único aporte de los padres y, paralelamente, ese sería el único nivel de aporte en un proceso de clonación. Los otros niveles de información comienzan una vez iniciado el proceso de desarrollo y con el devenir de la vida. Ellos integran la información epigenética. Esta depende de los elementos aportados por el medio ambiente –intracelular, extracelular e incluso fuera del propio organismo-. Esto explica cómo todo ser humano idéntico genéticamente en el primer nivel es diferente en el segundo nivel, tanto en lo genético cuanto en sus características peculiares o fenotipo. Por ello, una vez concluida la fecundación, aparece el hijo con su propio genoma, que es diferente a la suma de los gametos de sus padres. Por ello, si se lograra clonar un ser humano, nunca sería igual –clon- al individuo que lo hubiera originado.

El Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana (Convención Europea de Bioética), dispone la prohibición de clonar seres humanos (cfr. art. 1). Cfr. CONSEJO DE EUROPA, Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos. Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, 04/04/97, en Centro de Documentación de Bioética del Departamento de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/cdb/coeadclonacion.html>.

Según el fin propuesto para clonar un ser humano, se ha pretendido distinguir entre dos tipos de clonación: a) la “reproductiva”, cuyo objetivo sería la procreación de nuevos seres humanos, y b) la “terapéutica”, pensada para curar algunas enfermedades de origen genético de un tercero. Así, se pretende justificar la clonación terapéutica con los siguientes fines: a) obtener células troncales embrionarias con el fin de producir células diferenciadas, o tejidos u órganos para un futuro trasplante (fin terapéutico para un tercero); b) ampliar el conocimiento sobre la capacidad de regenerar la actividad de células dañadas por sustitución con nuevas células (fin terapéutico para un tercero); c) avanzar en el conocimiento de la diferenciación celular (pseudoprogreso científico). (Cfr. SCALA, Jorge, *Recrear la cultura de la vida...* *ibidem*, págs. 127-151). “La idea de clonar embriones humanos por motivos “terapéuticos” se basa en la hipótesis de que si son copiados, habría menos posibilidades de rechazo, por parte de la persona, a la que se le implanten tales células; pues éstas, a la postre, provendrían de su propio organismo. Es decir, que la llamada clonación “terapéutica” pretende utilizar células madres embrionarias obtenidas por clonación y no por fecundación

artificial” (SGRECCIA, Elio, Manual de bioética... ibidem, págs. 344 ss). “No hace falta ser demasiado avisado para advertir que la expresión “clonación terapéutica” es eufemística y que esconde un sofisma, pues la técnica requiere la destrucción del embrión o sea de un ser humano, para beneficio de la persona productora del clon. Desde esta perspectiva, la clonación no tiene por finalidad –como algunos sostenían hasta no hace mucho- hacer realidad el deseo de perpetuarse en otro “yo” que viviera luego de la propia muerte, sino de la producción y muerte de “otro” para que el “yo” siga viviendo”. Ya no se trata idílicamente de preservar por un medio reprobable la salud de la humanidad futura, sino llanamente de producir seres humanos destinados a la muerte para la supervivencia de los actualmente vivos... El supuesto beneficio que se obtendría de células embrionarias se encuentra en vía de experimentación e investigación y por otro lado que han tenido éxito investigaciones desarrolladas con células “adultas” (del propio paciente) o sea no embrionarias; el último de estos antecedentes sucedió en Japón este año, como fruto de las investigaciones del científico Shinya Yamanaka (Cómo y por qué me he convertido en padre de las células madres éticas. Entrevista al científico Shinya Yamanaka, inventor del procedimiento plenamente ético. L’Osservatore Romano, 29 de agosto de 2008)”. Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Sofismas y eufemismos... ibidem. Por otra parte, la clonación -de ser técnicamente posible- sería manifiestamente violatoria del derecho a la identidad del nuevo ser y a la dignidad humana.

Por todo ello, desde un punto de vista moral y jurídico la “destrucción” del embrión que conlleva ese procedimiento técnico de clonación “terapéutica” constituye un **acto gravemente inmoral e injusto, un homicidio calificado por la indefensión del nasciturus y por el parentesco del partícipe en el delito: su progenitor.**

Desde un punto de vista científico, los avances en la materia permiten dudar sobre la **eficacia** de la clonación de seres humanos, de ser ésta posible. Las noticias sobre el envejecimiento prematuro de la oveja Dolly, que se evidenció especialmente en una artrosis en una de sus patas, ha hecho que la mayoría de los científicos se muestre reticente respecto de la clonación, por la incertidumbre que genera (Cfr. AZNAR, Justo, Alternativas a la utilización de células madre embrionarias con vista a la medicina regenerativa y reparadora, Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre “Clonación y Ética: Realidades y Exageraciones”. (Valencia, 17/01/02). Material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas, 2008).

Por otra parte la clonación -de ser técnicamente posible- sería manifiestamente **violatoria del derecho a la identidad del nuevo ser y de la dignidad humana**. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su artículo 11, dispone que “no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos”, invitándose a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes “a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan para asegurarse de que se respeten los principios enunciados en la presente Declaración”.

Las células madre adultas, con independencia de criterios éticos, es decir **desde un punto de vista estrictamente biomédico, son superiores a las células madre embrionarias para su uso en medicina**, ya que tienen gran **versatilidad biológica**

del daño sufrido tanto por parte de los profesionales actuantes, y centro donde se llevara a cabo la misma, como del o de los proge- nitores que hubiesen consentido la misma.

#### 4.3.1.4.1.4. Resarcimiento por comisión de delito penal

Cuando el ilícito pudiese encuadrar como delito del derecho pe- nal –tal como lo hace el proyecto bajo análisis-, serán de aplicación los artículos 1107, 905 y 906 y 901 del Código Civil, ampliando la reparación por alcanzar las consecuencias casuales y remotas (arts. 905 y 906 C.C.); es obligatoria la reparación del daño moral (art. 1078 C.C.) y se reduce el plazo de prescripción a dos años (art. 4037 C.C.).

#### 4.3.1.4.2. Conclusión

Hemos intentado esbozar algunos de los supuestos de respon-

y son **capaces de diferenciarse** en muchos más tipos de células de lo que nadie había pensado. Aunque ciertamente tienen menor capacidad de diferenciarse que las células madre embrionarias, son más seguras y parecen mejor programadas para lograr precisamente lo que se busca en cada caso determinado (Cfr. AZNAR, Justo, Alternativas a la utilización de células madre embrionarias... ibidem). Las células estaminales (utilizamos los términos “células troncales embrionarias”, “células madre” o “estaminales” como sinónimos. La Exposición de Motivos de la ley española 45/2003, del 21/11/03, por la que se modifica la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, las denomina “células troncales”) “son células con capacidad de autorrenovación que, a su vez, tienen la capacidad de originar células de transición, de las cuales descienden células altamente diferenciadas (hematíes, neuronas, células musculares, etc.)”. Fabricar células estaminales embrionarias implica: “a) producir embriones humanos, o bien utilizar los “excedentes” de la fecundación in vitro; b) hacerlos madurar hasta la fase de blastocito inicial; c) extraer el embrioblasto, lo cual supone la destrucción del embrión; d) cultivar dichas células en un estrato de fibroblastos de ratón irradiados. A partir de allí se desarrollarán y formarán colonias llamadas embrioides, e) repetir los cultivos de las colonias obtenidas. Esto lleva a la formación de cepas celulares con capacidad de multiplicarse indefinidamente conservando su característica de células embrionales durante meses o años”. Cfr. CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA. COMISIÓN EPISCOPAL DE FE Y CULTURA, Familia y Vida: Compendio de cuestiones legislativas, 1º edic. (Buenos Aires, 2004). Edit. Oficina del Libro. Págs. 69-71). Cfr. PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, Declaración sobre la producción y uso científico y terapéutico de las células estaminales embrionarias humanas, 24/08/00, en <http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/documentos%20eclesiales/Clonacion-elulas%20estaminales.htm>

sabilidad que generan estas nuevas tecnologías, supuestos que re fuerzan lo que sostuvimos en capítulos anteriores: el hecho de que la técnica de fecundación artificial esté llegando a resultados asombrosos, no debe inducir al “mito del progreso científico” como valor supremo de humanización, ya que no es digno de una persona ser producida por medio de técnicas de laboratorio, que la manipulan como si fuera una cosa. Los asombrosos avances de la genética en peligrosa combinación con técnicas reproductivas evidencian un gran poderío técnico<sup>946</sup>, que -paradójicamente- contrasta con la profunda “fragilidad antropológica” del hombre contemporáneo. Proféticamente sostenía el escritor inglés C.S. LEWIS<sup>947</sup> en 1947 que el poder del hombre para hacer de sí mismo lo que le plazca significa el poder de algunos hombres para hacer de otros hombres lo que les place. Y el sometimiento ilimitado de la naturaleza humana por parte del poder tecnológico de unos pocos hombres condicionará cada vez más estrechamente a la humanidad futura. Por ello, al exponer en estas líneas algunos de los supuestos de responsabilidad civil que generan las técnicas de fecundación artificial, confesamos nuestra secreta esperanza de contribuir a desalentar a quienes las fomentan a nivel legislativo y judicial, y a quienes las practican o recurren a ellas.

#### 4.3.1.5. Disposiciones transitorias

Respecto de este punto del proyecto<sup>948</sup>, consideramos que debería haberse aclarado expresamente que los pretensos adoptantes

<sup>946</sup> Cfr. BOSCH, Margarita, *Los desafíos de la bioética en el siglo XXI...* ibídem.

<sup>947</sup> Cfr. LEWIS, Clives S., *La abolición del hombre...* ibídem.

<sup>948</sup> El proyecto de ley del Senador AVELIN bajo análisis establece las siguientes disposiciones transitorias: “Art. 14.- Exceptúase de las prohibiciones del empleo de técnicas de crioconservación humana los casos de personas por nacer que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, estuvieran en cámaras crioconservadoras. A tales efectos, las personas o entidades que posean dichas cámaras deberán informar al Ministerio Público de Menores, con carácter de declaración jurada, la cantidad de personas por nacer con identificación de los padres, si se pudiera, dentro de los sesenta días de la vigencia de esta ley. La ausencia o falseamiento de la declaración jurada hará incurrir a los obligados en la penalidad del artículo 11. El Ministerio Público de Menores comunicará la presentación de la declaración jurada al juez competente”.

no quedan alcanzados por la excepción prevista, por las razones expuestas en los capítulos III y IV respecto de la adopción prenatal de embriones congelados.

#### 4.3.2. Proyecto LÓPEZ DE ZAVALÍA y otros<sup>949</sup>

Si bien este proyecto no fue debatido en el Senado de la Nación y ha perdido estado parlamentario, incluimos su consideración por pensar que algunos aspectos del mismo son muy valiosos.

##### 4.3.2.1. Política de promoción del crecimiento natural y generoso de las familias

El proyecto no trata exclusivamente de la fecundación artificial sino que su art. 1 promueve el fortalecimiento de las familias<sup>950</sup>.

<sup>949</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; MENEHINI, Javier R.; IBARBIA, José M.; ALVAREZ ECHAGÜE, Raúl A.; TOPA, Raúl R.; TOMA, Miguel A.; IBARRECHE, Julio C.; GERMANO, Alberto R.; GALLO, Orlando J.; FERNANDEZ GILL, Guillermo C., Proyecto de ley sobre Programa de crecimiento demográfico.

<sup>950</sup> El art. 1 fija “como una de las políticas prioritarias del gobierno argentino, el promover el crecimiento natural y generoso de las familias, suprimiendo las trabas que lo obstaculizan, contrarrestando la desinformación que lo desalienta, y dando primacía a los valores superiores bajo los cuales se formó nuestra nacionalidad”. La familia es la base de la configuración actual y accidental de la Patria, que es la Nación. Familia y Nación deben ser respetadas por el Estado, que es la sociedad organizada políticamente para obtener el orden y la paz. Éstos se logran cuando el Estado se encuentra al servicio de la familia y de la Nación respetando el orden natural (Cfr. MONTEJANO, Bernardino (h), *Familia y Nación Histórica*, (Buenos Aires, 1986). Edic. del Cruzamante). El bien común político es esencial e indispensable para la plenitud humana (Cfr. JUAN XXIII, *Carta Encíclica Mater et magistra...* ibídem, N° 65. CONCILIO VATICANO II, *Constitución Pastoral Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual*, 07/12/65, en [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html), N° 74), y su consecución depende, en primer lugar, del **fortalecimiento de la familia**, célula básica de la sociedad. Las familias deben ser fortalecidas en materia sanitaria, alimenticia, laboral, habitacional y educativa (necesidades básicas insatisfechas que exigen la intervención del Estado con suma urgencia; Cfr. CARTASSO, Guillermo, *Ley de Salud Reproductiva: Diálogo con Senadores y Diputados*, en “Vida y Ética”, Año 2, N° 2, (Buenos Aires, 2001). Pág. 237). El proyecto bajo análisis va en este sentido, al establecer como prioritarias las políticas a favor de las familias y prohibir las técnicas de fecundación artificial, ya que éstas menoscaban –por las razones desarrolladas en los capítulos anteriores- la familia.



#### 4.3.2.2. Prohibición de las técnicas de fecundación extracorpórea

En el artículo 3<sup>951</sup> el proyecto prohíbe la fecundación extracorpórea. Pero no resulta clara la redacción del artículo en cuanto a la fecundación artificial intracorpórea<sup>952</sup>.

#### 4.3.2.3. Sanciones civiles

Establece el art. 4 del proyecto<sup>953</sup> dos sanciones de naturaleza civil: la responsabilidad patrimonial de progenitor, a la que nos referimos al analizar el proyecto AVELIN, y la multa. Consideramos que el proyecto debería determinar el beneficiario la multa. Y dado el continuo proceso inflacionario de nuestra economía, debería instituirse la multa con un criterio móvil.

#### 4.3.2.4. Reforma del Código Civil

Consideramos desprolijo desde un punto de vista de técnica legislativa aludir antes a las sanciones civiles (art. 4 del proyecto)

<sup>951</sup> “Prohíbese la fecundación extracorpórea como método de multiplicación de la especie humana. Tolérase la inseminación artificial homóloga, en vida de los cónyuges, a petición de ambos, con tal que no se acuda a la poliovulación, ni a métodos inmorales de obtención del semen que descarten la posibilidad por el mismo acto, de una prioritaria fecundación natural que torne superflua la artificial” (cfr. art. 3).

<sup>952</sup> Al tolerar la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, ¿se refiere a técnicas de sustitución del acto conyugal o a aquellas que resultan una mera ayuda para que aquel alcance su finalidad natural? ¿Permite el artículo la inseminación artificial con obtención de semen mediante la utilización durante el acto sexual conyugal de un preservativo especial que posibilite el paso de varios espermatozoides por el látex, y a la vez la recolección de otros para realizar la técnica? Si bien la fecundación artificial intracorpórea no ha sido considerada como tema en esta obra, pensamos que la legislación debería permitir toda asistencia en orden a que el acto conyugal alcance su fin natural, y debería prohibir toda intervención que sustituya el acto conyugal.

<sup>953</sup> “Si se violara la prohibición del artículo anterior o se excedieren los límites de la tolerancia allí especificada, el profesional actuante será sancionado con una multa de \$10.000 a \$50.000. Si por haberse empleado gametos anónimos, nacieran hijos cuya filiación genética no pudiera ser determinada, el profesional actuante asumirá además la responsabilidad patrimonial del progenitor, hasta la mayoría de edad del así concebido” (cfr. art. 4).

que a la reforma del art. 70 C.C. (art. 5 del proyecto<sup>954</sup>), ya que esta reforma constituiría uno de los fundamentos legales de las sanciones. Por otra parte, en el caso de “alquiler de vientres” contemplado en el art. 5, el proyecto se pronuncia a favor de quien aporta el óvulo –filiación genética-, considerando así que el elemento genético<sup>955</sup> define la identidad de la persona. Nos pronunciamos en el capítulo IV<sup>956</sup> a favor de la maternidad de la madre sustituta o de alquiler, para desalentar esta práctica.

#### 4.4. Postura permisiva

Del relevamiento que hemos efectuado al 1 de diciembre de 2011 en las páginas *web* de las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación, los proyectos presentados -con estado parlamentario- sobre fecundación artificial extracorpórea son, en su totalidad, permisivos.

Cabe destacar, sin embargo, que algunos tienden a proteger la vida humana desde la concepción, sin pronunciarse expresamente sobre la prohibición de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea pero infiriéndose ésta de su lectura. Tal es el caso del

<sup>954</sup> El art. 5 reza: “Agrégase como segundo párrafo del art. 70 del Cód. Civil, el siguiente: La misma regla se aplicará cuando la concepción se produzca fuera del seno materno por fecundación extracorpórea; la violación de las disposiciones de la ley no afecta la filiación genética. A todos los efectos se considerará que la persona por nacer está concebida en el seno materno genético, aun antes de ser allí alojada, y que siempre estuvo allí, incluso en el caso de nacer del de una madre subrogante”.

<sup>955</sup> En esta postura hemos ubicado (cfr. Cap. III de esta obra) a Jorge LLAMBÍAS (Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *La fecundación humana in vitro*. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación...* *ibidem*, pág.173); la madre “genuina” es aquella cuyo óvulo fue fecundado, en contraposición, a la que califica como “postiza”. Otros autores que coinciden con esta opinión: conforme al “privilegio de la verdad biológica”, sostienen que madre del nacido será la mujer que aportó su óvulo para la concepción. El art. 242 del Código Civil establecería una “presunción que puede ser destruida por cualquier interesado que sostenga y pruebe que no existe nexo biológico entre la persona nacida en el parto y la madre putativa” (SOTO LAMADRID, Miguel A., *Biogenética, filiación y delito*, (Buenos Aires, 1990), págs. 359 y 362. Cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación...* *ibidem*, pág. 174 ss).

<sup>956</sup> Cfr. acápite “9.7.2.1.7.1.1. Determinación de la filiación en caso de maternidad subrogada”.

proyecto de ley 1506-S-2009<sup>957</sup>, presentado por la senadora Liliana T. NEGRE DE ALONSO, por medio del cual propone la modificación de los arts. 63 y 70 C.C.<sup>958</sup>.

<sup>957</sup> NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 C.C., adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida (Expediente 1506-S-2009).

<sup>958</sup> "ART. 1.- Modifíquese el art. 63 C.C., el cual quedará redactado de la siguiente forma: "Art. 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas por la fecundación". ART. 2.- Modifíquese el art. 70 C.C., el cual quedará redactado de la siguiente forma: "Art. 70. Desde la fecundación comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos por la fecundación nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". El ART. 3 es de forma. Cfr. NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 C.C., adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida (Expediente 1506-S-2009).

Cabe así inferir un cambio de postura de la Senadora, ya que su anterior proyecto de ley 1742-S-2008 sobre procreación humana asistida (NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley sobre procreación humana asistida, Expediente N° 1742-S-2008), si bien se ajusta al precedentemente mencionado en cuanto al establecimiento del momento en que comienza la vida embrionaria ("ART. 7. La ley reputa que comienza la existencia de un embrión desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide". NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley sobre procreación humana asistida, Expediente N° 1742-S-2008), permitía todo tipo de técnicas ("ART. 9. A los efectos de la presente ley, se entenderá por procreación humana asistida a toda técnica debidamente autorizada y realizada por los sujetos habilitados al efecto tendiente a producir un proceso de fecundación humana. Son consideradas técnicas de procreación humana asistida: a) La inseminación artificial; b) La fertilización in-vitro transferencia; c) El método Prost; d) El método Zift o Test; e) El método Gift; f) La disección parcial de la zona; g) La inseminación suzona; h) La inseminación intracitoplasmática; i) Toda otra técnica que en un futuro fuere desarrollada por la Ciencia Médica y que cuente con dictamen favorable del Consejo Consultivo creado por la presente Ley". NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley sobre procreación humana asistida, Expediente N° 1742-S-2008) que tuviesen como resultado una fecundación artificial intra o extracorpórea.

El proyecto 1742-S-2008 podemos considerarlo como permisivo moderado, ya que aunque permite todo tipo de técnicas (cfr. art. 9 inc. i), prohíbe la criopreservación de embriones, la adopción prenatal de personas y el contrato de maternidad por subrogación, la transferencia a una mujer de más de tres embriones en un mismo ciclo, como así también fecundar por transferencia de gametos intratubaria más de tres óvulos en un mismo ciclo. La transferencia de los embriones al útero deberá realizarse en un mismo acto.

Inferimos el cambio de postura, asimismo, del hecho de que el Proyecto ingresado mediante Expediente 1742-S-2008 **caducó** el 28/02/10 y **no volvió a ser presentado** por la Senadora para darle nuevamente estado parlamentario. Lo mismo ocurrió

#### 4.4.1. Proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS y proyecto LAFERRIÈRE-STORANI<sup>959</sup>

##### 4.4.1.1. Proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS<sup>960</sup>

Sostiene el Dr. BOCCHIARDO<sup>961</sup> que "este proyecto de ley no rechaza de plano las técnicas de fecundación humana asistida, sino que se propone reprimir los abusos a los que puede conducir el empleo de las mismas, así como establecer ciertas pautas a las que deberán ajustarse tanto los destinatarios como los practicantes de ellas". Sin embargo, consideramos que el mismo empleo de las técnicas de fecundación artificial –eufemísticamente denominada "asistida", ya que la asistencia es en el orden de la naturaleza, lo cual no se da en estas técnicas- constituye un ejercicio "abusivo" (cfr. art. 1071 C.C.) de los derechos de los pacientes que padecen esterilidad y sus médicos tratantes, afirmación fundada en lo expuesto en los capítulos anteriores.

Clasificamos el proyecto como moderado<sup>962</sup>. El art. 17 propone reformar los arts. 63 y 70 C.C., reconociendo el carácter de persona por nacer a las concebidas fuera del seno materno, al prescri-

respecto del Proyecto ingresado mediante Expediente 2574-S-2008, que caducó en igual fecha.

<sup>959</sup> Aunque estos proyectos hayan perdido estado parlamentario, los analizaremos puesto que son los proyectos que se citan doctrinariamente para reflejar las dos posiciones generales que existen en la postura permisiva. Nos referimos al proyecto moderado de los justicialistas BRITOS y DEL VALLE RIVAS, y el amplio de los radicales LAFERRIÈRE y STORANI.

<sup>960</sup> BRITOS; DEL VALLE RIVAS, Reproduce Proyecto de ley sobre fecundación humana asistida Ref. S- 1374/93 (Expediente N° 430/95).

<sup>961</sup> BOCCHIARDO, Gustavo J., Proyecto presentado por los senadores Britos, Rivas y otros, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente... ibidem, apéndice. Pág. 114 ss.

<sup>962</sup> El proyecto prohíbe la inseminación y la fecundación artificiales heterólogas (art. 11 y 20, inc. b y c), la maternidad subrogada (art. 20, inc. d), la manipulación genética de embriones humanos no implantados (art. 19, inc. a), la fecundación con material genético perteneciente a otras especies (art. 19, inc. b), la clonación (art. 19, inc. c) y la crioconservación de embriones humanos (art. 20, inc. a). En resumen, las técnicas admitidas por este proyecto son la inseminación y fecundación extracorpórea homólogas, bajo ciertas condiciones (art. 11 y 20 inc. c).

bir que la existencia de la persona comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno. Con esta reforma se pretende – sostiene el Dr. BOCCHIARDO<sup>963</sup>– aventar toda duda respecto del *status* del embrión humano concebido extracorporalmente. Sin embargo, sostenemos que no existe ninguna duda en nuestro ordenamiento jurídico sobre el *status* de persona del embrión, y que el mismo no hace acepción de personas, distinguiendo entre el concebido en el seno materno o fuera de él. Citamos como fundamento los mismos artículos del Código Civil que el proyecto pretende reformar, y a mayor abundamiento, los tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22 C.N. (a los cuales hicimos referencia en el capítulo IV).

#### 4.4.1.2. Proyecto LAFERRIERE-STORANI<sup>964</sup>

Las diferencias entre este proyecto y el analizado anteriormente son las siguientes:

Respecto del comienzo de la vida humana, el proyecto LAFERRIERE-STORANI considera que se inicia desde la implantación del óvulo fecundado en la mujer, en tanto el proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS, desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide. En relación con la crioconservación, el primero la permite, en tanto el segundo no sólo no la autoriza sino que la sanciona penalmente. Con respecto a la transferencia de embriones fecundados *in vitro*, el proyecto amplio la permite sin límite, en tanto el moderado limita la fecundación a tres embriones por vez.

El proyecto LAFERRIERE-STORANI permite la “donación” de embriones, no admitiéndola el proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS. La donación de óvulos y esperma de terceros es permitida en forma anónima y gratuita en el proyecto amplio citado, en tanto en el proyecto moderado no se la permite, se la sanciona. La do-

<sup>963</sup> Cfr. BOCCHIARDO, Gustavo J., Proyecto presentado por los senadores Britos, Rivas y otros, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente... *ibidem*, apéndice. Pág. 115.

<sup>964</sup> LAFERRIERE; STORANI, Reproduce Proyecto de ley sobre normas para el uso de técnicas de reproducción humana asistida Ref. S 94/93, que a su vez reproduce Ref. S 1014/91 (Expediente N° 628/95).

nación anónima de gametos autorizada por el proyecto permisivo amplio suscita graves problemas jurídicos<sup>965</sup>.

<sup>965</sup> Los problemas jurídicos que se presentan son los siguientes: 1) En cuanto al impedimento de parentesco (art. 345 y ss. C.C.) -articulado a fin de evitar que una persona contraiga matrimonio con otra que sea su “pariente” en línea recta ascendente y descendente en todos los grados y, entre los colaterales hasta el cuarto grado-, podría darse el caso que una persona nacida de una fecundación heteróloga, a los veinte años de edad se case con su padre biológico que bien podría tener cuarenta y cinco años de edad, v. gr.. También podría suceder que dos medio hermanos se casen entre sí, pues quien vendió o donó semen para una mujer, muy probablemente lo haya hecho también para otras. “El parentesco es un impedimento para contraer matrimonio el cual debemos respetar todos. Esos niños sin padre conocido, cuando crezcan y estén en edad de casarse, gozarán del derecho de saber si la persona con quienes van a casarse fue concebida por su mismo padre biológico. De esta manera, lo que tan prolijamente nuestra ley de matrimonio civil previno podría verse desbordado atento a que existiría una carencia legal de nuestro ordenamiento producida por una novedad científico técnica. De ser esto así, las partidas del Registro Civil perderían su pública fe desde el punto que las relaciones filiatorias entrarían en crisis, perdiendo el Registro Civil su principal cometido: el de otorgar certeza”. 2) En segundo lugar, cabe considerar el derecho a la identidad de los niños concebidos extracorpóreamente (art. 255 C.C.). En nuestro régimen legal resulta claro el derecho del hijo a conocer a su padre biológico y a que se preserve su identidad. Está consagrado por los arts. 7 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño. En consecuencia, el interés del niño siempre debe prevalecer sobre el del dador de esperma. Por su parte, el Código Civil se adecua a estos principios pues admite la libre investigación de la paternidad o maternidad por parte del hijo a fin de que éste pueda conocer con certeza quién o quienes han sido sus progenitores, incluso a estos efectos atribuye acción al Ministerio Público de Menores (art. 255). Cfr. MENDEZ COSTA, María J., Encuadre legal del derecho a la identidad, separata del volumen X de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, p. 1128. Cit. en La Protección de los gametos ... ibidem. 3) Por otra parte, la permisión de la donación anónima de gametos contraviene la indisponibilidad del estado de familia, “pues al ser el dador anónimo, despoja al hijo de la mitad de su ascendencia, le amputa el estado, desde que nunca tendrá posibilidad de establecer el vínculo filial con el dador, su padre biológico”. Asimismo, el instituto de la sucesión *ab intestato* y los derechos respectivos a ella pueden verse afectados con la utilización de bancos de gametos. “No es necesario ser demasiado astutos o avisados en derecho para comprender que si una mujer, por su sola voluntad, compra una medida de semen con la cual se insemina, siendo el natural producto un hijo, podrá luego ella escribir la historia de su procedente a su gusto o bien, podrá someterlo por siempre a vivir con una tradición trunca. Sin mayor buceo tal situación nos lleva al Capítulo II de nuestro Código Penal. En él, se tipifican ciertas conductas tendientes a castigar a cualquier persona que ejecute una acción con idoneidad para modificar y/o eliminar el estado de otra. Bajo el nombre de “Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad” se protege a toda persona de las acciones referi-

En cuanto a la selección del sexo del embrión, el proyecto moderado no se expide, en tanto que el amplio la permite sólo para prevenir enfermedades genéticas.

Respecto a las personas que pueden acceder a las técnicas de fecundación artificial, el proyecto amplio admite a las parejas formadas por varón y mujer, en tanto el proyecto moderado sólo permite el acceso a personas casadas o convivientes de hecho.

#### 4.4.1.3. Proyecto SALUM, STORANI, FERNÁNDEZ MEIJIDE, GENOUD<sup>966</sup>

Este proyecto -que quedó en minoría en el debate parlamentario que dio lugar a la media sanción del proyecto que analizaremos en el punto siguiente-, sigue los parámetros de la legislación española, una de las de máxima permisividad<sup>967</sup>. En tanto autoriza la fecundación heteróloga, “atenta contra el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas” ya que “supone disponer, por un acto privado, del estado civil del niño por venir”<sup>968</sup>; y en tanto

das. Pueden incurrir en estos delitos no sólo los donantes anónimos y receptores de gametos, sino también los técnicos y profesionales de la salud que realicen las técnicas o almacenen óvulos, espermatozoides o embriones. Por otra parte, “científicamente, es conteste la doctrina psicológica en afirmar que los sentimientos de abandono, desarraigo, inseguridad, añoranza, falta de identificación con la figura paterna o creación de fantasías que sufrirán los niños fecundados por capricho de maternidad pueden influir gravemente en su estructura mental. En realidad, el gran apotegma es que: **la relación biológica es ineludible, y jurídicamente, un Derecho Humano.** La **maternidad independiente** trae como correlato la **paternidad indeterminada**. Ambas actitudes pueden ser calificadas de irresponsables y, justamente, ese es uno de los estigmas más profundos de nuestros días. Por otro lado... no es viable escoger un hijo como si se seleccionara un producto en el supermercado”. Cfr. La Protección de los gametos ... ibídem.

<sup>966</sup> Cit. por PINTO, Pablo S., *Biogénesis y Derecho Penal*, en “El Derecho Serie especial-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario”, No 9, Año XLIV, 11/10/06. Pág. 6.

<sup>967</sup> A los destinatarios de las técnicas sólo se les exige ser mayores de edad o menores emancipados plenamente capaces. Por otra parte, “autoriza la donación de gametos, la fecundación extracorpórea tanto homóloga como heteróloga, el congelamiento de embriones, y su implantación en viudas con material genético del marido hasta treinta días después de su fallecimiento. Prohíbe la fertilización de óvulos con fines ajenos a la reproducción”. RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La fecundación artificial... ibídem.

<sup>968</sup> ANDORNO, Roberto. Procreación asistida: Posiciones contrapuestas ... ibídem.

establece la implantación<sup>969</sup> como momento inicial de la existencia de la persona humana, desprotege al concebido, en contradicción con nuestra normativa constitucional.

Durante el debate parlamentario, el Sr. STORANI -senador por Córdoba- mostró el trasfondo<sup>970</sup> pragmático-utilitarista<sup>971</sup> de su

<sup>969</sup> “Este proyecto reconoce que el embrión concebido fuera del claustro materno es persona sólo a partir de su implantación. Consideramos que constituye un criterio objetable que no contempla la posibilidad no distante de que se logre una gestación totalmente extracorpórea, sin implante en ningún claustro materno. ¿En esa hipótesis, a partir de qué momento es persona el ser humano concebido *in vitro*? Agreguemos que, por otra parte, la discriminación entre seres humanos según el lugar de su concepción vulnera la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional. El no reconocimiento del *status* de persona al ser humano concebido y no implantado puede facilitar que se le asigne más la condición de “objeto” que de “sujeto”, con todo lo que ello significa como devaluación de su dignidad connatural”. RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La fecundación artificial... ibídem.

<sup>970</sup> “En nuestro dictamen aceptamos la donación de gametos heterólogos, es decir, de terceras personas, en forma anónima y gratuita. ¿Por qué hacemos esto? Porque esto es permisivo desde el punto de vista de la vinculación con el **porcentaje de éxito** que tienen las técnicas en la práctica... El dictamen de la mayoría no admite más que la implantación de tres óvulos en cada caso, lo que —a nuestro juicio— aún hoy **limita las posibilidades de éxito**... La técnica actual exige, por parte de los especialistas que se dedican a este tema, la implantación de un número mayor de óvulos fecundados, entre cuatro y seis, para garantizar el desarrollo de un embarazo y la viabilidad del **niño futuro**. Admitimos también la crioconservación del óvulo fecundado: es decir, se utilizan parte de los óvulos que se han fecundado y **el resto se pueden poner en el freezer** (sic) a los efectos de **poder utilizarlos** en otras oportunidades... En nuestro dictamen establecemos la posibilidad de crioconservar durante tres años los óvulos fecundados o embriones, en cuyo caso se utilizarán en otra oportunidad por parte de la pareja, evitándole pasar por todas las instancias que llevaron a la primera intervención, admitiendo también que **el costo**, que es bastante oneroso en todos estos casos, disminuya sensiblemente” (los resaltados son nuestros). STORANI, Conrado H., Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

<sup>971</sup> El **principio básico** del modelo pragmático utilitarista es el del **cálculo de las consecuencias** de la acción en la relación **costo/beneficio**. Este utilitarismo reduce el cálculo de los beneficios a la evaluación grata/desagradable del individuo en particular; se reduce a “maximizar el placer, minimizar el dolor y ampliar la esfera de los beneficios al mayor número posible de personas”, a menudo, de las que lo pueden pagar, o lo pueden hacer valer (categorías en la que no entran los concebidos “*in vitro*”). A partir de estos parámetros es como se elabora el concepto de “calidad de vida”. Cfr. SGRECCIA, Elio, Manual de bioética... ibídem, pág. 140 ss. El trasfondo **antropológico** de este modelo es la concepción de persona como aquel ente capaz de sentir placer o dolor. Por eso no se protege a individuos “insensibles”

proyecto.

#### 4.4.1.4. Proyecto con media sanción del Senado<sup>972</sup>

El único proyecto aprobado por el Senado de la Nación -en la sesión del 2 de julio de 1997-, autoriza “las técnicas de reproducción humana asistida”, con las restricciones que establece en el capítulo I. En concordancia con el fundamento dado por el Senador MARTÍNEZ ALMUDÉVAR<sup>973</sup>, el proyecto -cfr. art. 1<sup>974</sup>- reconoce que estas técnicas de fecundación artificial no constituyen un tratamiento terapéutico (en efecto, la medicina sustitutiva no cura sino que sustituye), a la par que exige que sean realizadas por

---

y se justifica la manipulación de embriones hasta cierto estadio de desarrollo; así se justifica su eliminación. De este modo se equiparan los seres humanos y los animales, al tomar la capacidad de “sentir” y, por consiguiente, de percibir, como nota distintiva de la persona.

<sup>972</sup> Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida (Expte. 83-S-97), con media sanción del Senado, aprobado el 02/07/97 (orden del día 538/1997). Al finalizar el período de sesiones del año 1999 esa iniciativa perdió estado parlamentario.

<sup>973</sup> Este proyecto guarda similitud con el presentado por BRITOS y DEL VALLE RIVAS, es decir que puede ser considerado dentro de las opciones mostradas, como moderado. Su base fue el proyecto de Enrique MARTÍNEZ ALMUDÉVAR (médico, Senador por La Pampa, miembro informante del dictamen de mayoría), cuyas declaraciones permiten apreciar el fundamento del proyecto: “La medicina sustitutiva abarca la sustitución o reemplazo de diversos fenómenos u órganos del cuerpo. Ejemplos son la bioingeniería, los trasplantes, y aquí está insertada la reproducción asistida. El hombre es un ser protésico”. MARTÍNEZ ALMUDÉVAR, Enrique. Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

Cabe aclarar que en la fecundación artificial extracorpórea se sustituye no un “fenómeno u órgano del cuerpo” sino el **acto sexual** -que no tiene solamente una dimensión orgánica sino sobre todo psicológica y espiritual- por un acto técnico de laboratorio, tal como explicamos en el capítulo III. Por lo tanto, no puede asimilarse a la diálisis renal, trasplante de córnea, etc.

<sup>974</sup> Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida (Expte. 83-S-97), con media sanción del Senado, aprobado el 02/07/97 (orden del día 538/1997), art. 1: “La presente ley tiene por objeto regular el uso de los métodos y técnicas de reproducción humana asistida por profesionales de la medicina, que se aplicarán al solo efecto de posibilitar la maternidad y paternidad a parejas que padezcan esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente”.

médicos<sup>975</sup> o centros médicos especializados para tal fin (art. 2).

En el art. 7 se establece como principio general para la aplicación de estas técnicas que existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o del hijo así concebido. Y el consentimiento informado que deben firmar los progenitores (arts. 9 y 10) tratará sobre los resultados y riesgos derivados de la aplicación de las técnicas. Estas previsiones parecerían traslucir una cierta intuición en los autores del proyecto acerca de la antijuridicidad de las técnicas. En consonancia con lo dicho, el proyecto es moderado<sup>976</sup>.

En lo que respecta al comienzo de la existencia de la persona, el art. 23 propone la modificación del Código Civil (en sus arts. 63 y 70) indicando que comenzará la existencia de la persona desde la concepción, dentro o “fuera” del seno materno. El proyecto emplea la denominación de “óvulo fecundado”, con lo cual recogería

---

<sup>975</sup> Por otra parte, el art. 5 prevé la objeción de conciencia para el “profesional o auxiliar de la medicina que se desempeñe en una institución pública o privada” que cuente con programas de reproducción humana “asistida”.

<sup>976</sup> Es moderado —entre otras razones- porque restringe el acceso a las técnicas a los siguientes destinatarios (cfr. art. 6): parejas integradas por un varón y una mujer, plenamente capaces, en edad reproductiva y clínicamente aptos para someterse a las técnicas cuya aplicación reglamenta el proyecto, casadas o convivientes de hecho, estas últimas deberán acreditar un período mínimo de convivencia de tres años, siempre y cuando no se configure alguno de los impedimentos establecidos en los inc. 1, 2, 3, 4, 6, 8 y 9 art. 166 C.C. Concordamos con la crítica que el Dr. QUINTANA (Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Un proyecto contradictorio... *ibidem*, pág. 9) hace a este artículo, al decir que no resulta razonable incluir entre los destinatarios de las técnicas a las parejas no matrimoniales, ya que desde que se legisló el divorcio en argentina ha desaparecido el impedimento de ligamen. Por otra parte, lo menos que puede exigirse a quienes recurren a un procedimiento que implica los riesgos antes mencionados a la persona por nacer, es el compromiso legal del matrimonio civil que implica presuntivamente una voluntad de permanencia.

Asimismo se aprecia la moderación del proyecto al prohibir la utilización de material genético ajeno a la pareja (art. 12), el contrato de maternidad subrogada (art. 14), la inseminación de la viuda con material genético del marido fallecido (art. 15), la fecundación de más de tres óvulos por vez, debiendo efectuarse la transferencia de la totalidad de los mismos en forma inmediata (art. 16). No permite tampoco la investigación y experimentación sobre los óvulos fecundados (art. 17), ni la clonación de células germinales humanas, la partenogénesis, la producción de quimeras y la generación de híbridos (art. 21). Se prohíbe la selección de sexos y de características genéticas (art. 20).

a nuestro entender la doctrina que sostiene que la existencia de la persona comienza desde que el espermatozoide penetra el óvulo.

El proyecto autoriza en el art. 17 el congelamiento de los embriones en caso de muerte de la madre y cuando por razones médicas excepcionales no estuviera apta para la transferencia inmediata y lo único que exige es su constancia en la historia clínica y que se efectivice ni bien desaparezcan las causas que motivaron su postergación. El Dr. QUINTANA<sup>977</sup> señala que esto es una contradicción, ya que el propósito es loable pues apunta a salvar vidas humanas, pero el peligro de muerte a que son sometidos los embriones es consecuencia de la disociación de la sexualidad y la procreación y del lugar natural donde la concepción debe realizarse. Es decir que se intenta remediar un efecto no deseado –imposibilidad de transferencia inmediata– pero se autoriza la causa de ese efecto, que es previsible. A esta consideración –que compartimos– añadimos la siguiente: el segundo inciso del art. 17 permite el congelamiento cuando la madre, por razones médicas de naturaleza excepcional, no estuviere apta para la inmediata transferencia de los óvulos fecundados. Nos remitimos a lo explicado en el capítulo III sobre la “ventana de implantación”, que muestra que posiblemente esta causal de “excepción” a la prohibición de congelamiento sea más frecuente de lo imaginado por los autores del proyecto. Además, esta “excepción” abre la puerta, en el proyecto, a la adopción prenatal, regulada en el Capítulo IV<sup>978</sup>.

El derecho natural y positivo argentino nos permite juzgar el proyecto como ilícito. Lo es porque toda fecundación artificial extracorpórea es ilícita, y no caben excepciones. Por ello no compartimos la postura del Dr. BARRA<sup>979</sup> cuando sostiene que este proyecto de ley sobre reproducción humana asistida que obtuvo media sanción en el Senado de la Nación es **valioso**<sup>980</sup>, fundando

440

dictumediciones

<sup>977</sup> Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Un proyecto contradictorio...* *ibidem*, pág. 8.

<sup>978</sup> En el capítulo V establece un régimen penal, el cual no examinaremos por exceder el marco de esta obra.

<sup>979</sup> BARRA, Rodolfo C., *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*. (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma. Pág. 46-47.

<sup>980</sup> El proyecto es “valioso, en cuanto busca regular el uso de métodos y técnicas de reproducción humana asistida (art. 1º) de ya amplia utilización en el país y, por

su afirmación en el Magisterio de la Iglesia<sup>981</sup>. Cabe aclarar que el Dr. BARRA mutila la cita del documento que menciona<sup>982</sup>, y que alude al principio de tolerancia del mal menor - explicado en el capítulo IV de esta obra-. Más allá de la falta de fundamentación jurídica para calificar como valioso el proyecto, consideramos que

falta de regulación suficiente –especialmente por falta de conciencia moral en ciertos profesionales de la medicina-, con prácticas viciosas y lesivas de la dignidad humana de la misma vida, del embrión”. BARRA, Rodolfo C., *Los derechos del por nacer...* *ibidem*, págs. 46-47.

<sup>981</sup> Luego de dejar sentada la inmoralidad de las técnicas, sorprendentemente sostiene: “pero no debe olvidarse que el legislador civil se encuentra **obligado a reconocer determinadas realidades existentes** en un momento dado, tratando, a través de la legislación, de encauzarlas hacia la concreción del **mayor bien posible** para la sociedad y los individuos. Se trata aquí de una **opción prudencial** entre la prohibición absoluta y su regulación en el sentido antes mencionado, teniendo en cuenta que “la ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves” (*Donum Vitae* Cap. III)” (los resaltados son nuestros). BARRA, Rodolfo C., *Los derechos del por nacer...* *ibidem*, págs. 46-47. Cabe preguntarse cuáles mayores daños entiende el Dr. BARRA que podrían producirse, comparados con la muerte de innumerables personas por nacer...

<sup>982</sup> En efecto, la cita completa reza: “La ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves. **Sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado**”. Y unos párrafos más adelante, concluye: “Cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el Estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del estado de derecho. **La autoridad política, por consiguiente, no puede autorizar que seres humanos sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados**” (los resaltados son nuestros). CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae...* *ibidem*, Capítulo III, punto N° 1.

Otro documento del Magisterio de la Iglesia permite comprender adecuadamente la tolerancia legislativa: “Si la autoridad pública puede, a veces, **renunciar a reprimir** aquello que provocaría, de estar prohibido, un daño más grave, sin embargo, **nunca** puede aceptar **legitimizar**, como derecho de los individuos —aunque éstos fueran la mayoría de los miembros de la sociedad—, la ofensa infligida a otras personas mediante la negación de un derecho suyo tan fundamental como el de la vida”. JUAN PABLO II, *Encíclica Evangelium Vitae...* *ibidem*, N° 71.

441

dictumediciones

tampoco existían en aquel entonces razones de conciencia para afirmarlo<sup>983</sup>, ya que no existía por aquel entonces una ley vigente más permisiva o en fase de votación, al ser único el proyecto con media sanción del Senado, y que debía ser tratado por la Cámara de Diputados.

Las mismas críticas caben a la postura del Dr. Jorge A. MAZZINGHI<sup>984</sup> quien, en un artículo publicado por la revista jurídica “El Derecho”, considera “**sensato**” el proyecto que estamos analizando, al punto de titular su trabajo como Reproducción asistida: sensatez con media sanción. Incluso hace votos para que los lineamientos generales aprobados por el Senado sean mantenidos cuando el proyecto sea tratado por la Cámara de Diputados<sup>985</sup>.

<sup>983</sup> “Un problema concreto de conciencia podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación. No son raros semejantes casos. En efecto, se constata el dato de que mientras en algunas partes del mundo continúan las campañas para la introducción de leyes a favor del aborto, apoyadas no pocas veces por poderosos organismos internacionales, en otras Naciones —particularmente aquéllas que han tenido ya la experiencia amarga de tales legislaciones permisivas— van apareciendo señales de revisión. En el caso expuesto, **cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede licitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública**. En efecto, **obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos**” (los resaltados son nuestros). JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium Vitae... *ibidem*, N° 73.

<sup>984</sup> Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., Reproducción asistida: Sensatez con media sanción, en “El Derecho”, 21/08/97.

<sup>985</sup> Sorprenden las afirmaciones de este jurista (Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., Reproducción asistida: Sensatez... *ibidem*), en clara contradicción con la realidad de las cosas, ya que, si bien parte de principios verdaderos que compartimos, concluye en contra de ellos, tal como mostraremos transcribiendo algunas de sus aserciones. En el punto I desarrolla “El interés científico”, y sostiene que parece evidente que el interés prevaleciente en el proyecto sancionado por el Senado no es de carácter científico. Piensa que la ley que eventualmente se dicte sobre fecundación artificial no ha de pretender estimular o bloquear la investigación sobre dicha materia, que está, por lo demás, en permanente evolución y que ha registrado “**avances significativos**” desde que, en 1978, se obtuvo -fecundación *in vitro* mediante- el nacimiento de la señora BROWN. Cuestionamos esta afirmación, ya que consideramos que un “**avance**”

científico (unos párrafos más adelante se referirá a los “**logros**” de la ciencia en este campo) se da cuando la investigación científica que se desarrolla permite al hombre perfeccionar su naturaleza racional —y, tal como hemos visto en los capítulos anteriores, estas técnicas no cumplen con ese requisito ineludible—. Continúa sosteniendo el Dr. MAZZINGHI que la ciencia no progresa ni se detiene porque así lo dispongan los legisladores. Avanza merced al esfuerzo de quienes tienen el “**impulso espiritual de buscar la verdad**”, y también por la labor complementaria de quienes procuran resultados prácticos, que pueden ser producto de la aplicación, a la vida cotidiana, de técnicas y descubrimientos de distinto orden. El fundamento de esta regulación legal difundida en el derecho comparado es clarísimo: “la vida humana no está subordinada a la ciencia”. Por el contrario, “la ciencia debe estar al servicio de la vida”. Compartimos los principios enunciados, pero disentimos en su aplicación a la realidad de las técnicas de fecundación artificial, ya que éstas “subordinan” la vida humana y su dignidad a la “ciencia” y a las “ansias” de los que desean ser padres (expresión que el jurista utilizará unos párrafos más abajo). Nos remitimos, para fundar estas consideraciones, a todo lo desarrollado en los capítulos anteriores.

A continuación, en el punto II, se refiere a “Los intereses personales”. Cuando el legislador —sostiene el Dr. MAZZINGHI— se detiene a reflexionar sobre un proceso a través del cual se transmite vida humana, debe tener, en el primer plano de su atención, la “**incidencia**” que dicho proceso pueda tener sobre las personas implicadas en él y, en segundo término, sobre la sociedad en que dichas personas viven. El protagonista —afirma— es, sin duda, el hombre que se procura procrear, valiéndose de los recursos con que las técnicas contemporáneas “tratan de complementar el método clásico para engendrar una nueva vida, —que, pese a todo, mantiene su vigencia—: la entrega amorosa de varón y mujer”. Consideramos que la “incidencia” de las técnicas de fecundación artificial sobre los “protagonistas” —empleamos la terminología del jurista— es lo suficientemente peligrosa para su vida e integridad y violatoria de su dignidad como para que el legislador decida prohibirlas. En segundo lugar, continúa el Dr. MAZZINGHI, están aquellas personas —los denomina los “usuarios del sistema”— que “se sienten llamadas a poner en marcha el proceso para satisfacer sus propias ansias de ser padres o madres”, cuando encuentran para ello barreras naturales que les resulta imposible superar de otra manera, como claramente lo requiere el proyecto, que restringe la utilización del sistema a los casos no tratables terapéuticamente (arts. 1 y 17 del proyecto). “El método mismo de la fecundación *in vitro* **ofrece repa-ros morales** que no voy a tratar aquí, porque deseo ceñirme al comentario sobre un proyecto de ley y porque, sean cualesquiera las reservas que el método suscite, parece **necesario que la ley regule su empleo**, y que el terreno de la aplicación práctica de lo que la ciencia ha **logrado**, no quede enteramente baldío de toda norma, como ocurre ahora”. Discrepamos con esta afirmación, ya que hemos fundamentado ampliamente que el ordenamiento normativo positivo argentino vigente es suficiente para abordar el problema que las técnicas suscitan. “Pero el principio de que **el hijo no puede ser objeto de derecho** -continúa diciendo el jurista-, es un principio jurídico, que reconoce una base moral, como todos los grandes criterios que plasma el orden social justo, y que vive, más allá de su fundamento, con plena autonomía. Se debe partir, pues, de la premisa según la cual quienes recurren a la procreación asistida **ejercen un derecho que la ley les reconoce**”, dentro de los límites que ella

misma traza. Aquí nos preguntamos cuál es el derecho que ejercen quienes recurren a las técnicas, ya que, como demostramos, no existe el “derecho a procrear” en el sentido que aquí se pretende darle (cfr. capítulo V). Continúa MAZZINGHI: “El objeto de ese derecho es la realización de las operaciones médicas tendientes a satisfacer la aspiración de ser padre o madre, y no el resultado que tales operaciones procuran ya que su fruto -persona humana- no puede ser objeto de un derecho ajeno”. Respecto de esta afirmación cabe aclarar que las operaciones médicas no recaen sobre quienes alegan el derecho, sino sobre terceros -los embriones concebidos extracorpóreamente-. Ninguna objeción existiría si las “operaciones médicas” a las que alude el jurista se refiriesen no sustituyesen el acto procreativo por el de un técnico de laboratorio. Además, con la distinción entre obligaciones de medio y de resultado pretende MAZZINGHI solucionar todos los “reparos morales” que el jurista afirma existen pero decide no tratar en este comentario al “valioso” proyecto de ley, entre ellos, el principio de que el hijo no puede ser objeto de derecho. Nos remitimos a las consideraciones efectuadas a lo largo de esta obra sobre la “cosificación” de la persona humana por medio de estas técnicas. Finalmente sostiene el jurista que en una penumbra que conviene a la índole de su participación, está por último el interés de los proveedores de gametos, femeninos o masculinos, que han de ser aplicados a la procreación; las arrendadoras de úteros y quizá otros eventuales agentes -aun más sórdidos- que pueden ser desde corredores de semen o de óvulos hasta entidades que procuran consumir, con nacimientos obtenidos de esta suerte, su obstinado alzamiento contra el orden de la naturaleza, como son las asociaciones promotoras de relaciones homosexuales. Ninguno de estos intereses debe ser tenido en cuenta por el legislador, pues “sólo deben gravitar en los conceptos legales las conductas conducentes a un orden social sano y justo”, que por cierto no son las de quienes hacen objeto de un comercio innoble sus propias posibilidades físicas, o quienes se dedican a buscar para ellas un mercado atractivo. Pues bien, pensamos que ninguna de las conductas involucradas en las técnicas de fecundación artificial extracorpórea -no sólo las descritas por MAZZINGHI- son “conducentes a un orden social sano y justo”, entre otras razones porque la “cosificación de las personas” nunca lo es. Por otra parte, en el punto III, considera el jurista las opciones del legislador. En este punto concluye contundentemente que las pautas puestas por el proyecto a la operación de fecundación artificial “conjugan sus posibilidades de éxito con el respeto de principios fundamentales, que no se justificaría dejar de lado en procura de porcentajes de éxito más atractivos”. Creemos que en este tema **es imposible desde un punto de vista moral y jurídico “conjugan” porcentajes de éxito con el respeto de principios fundamentales** tales como la conservación de la vida y la salud, y la dignidad humana de los embriones. En último lugar, en el punto VII concluye: “Cabe desear que la “corriente de sensatez” que, en lo básico, ha inspirado el proyecto que aprobó el Senado, se mantenga en la Cámara de Diputados, y que no sobrevengan las movidas políticas, las propuestas de tono demagógico, el facilismo legislativo, que declamando erráticamente el propósito de no discriminar, y el afán por aparecer en las **posturas más liberales**, pueden llegar a sancionar aberraciones capaces de infligir un mal gravísimo a la sociedad, cuyo **bien común** los legisladores tienen la **obligación moral y jurídica de amparar**” (todos los resaltados son nuestros. Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., *Reproducción asistida: Sensatez... ibidem*).

#### 4.4.1.5. Proyectos con dictámenes favorables de Comisiones de la Cámara de Diputados

**Cabe lamentar en la actualidad la inexistencia**, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores de la Nación<sup>986</sup>, **de al menos un proyecto de ley con estado parlamentario que prohíba las técnicas de fecundación artificial extracorpórea**.

El 9 de noviembre de 2011 la comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados de la Nación habilitó -luego de haber pasado por las Comisiones de Acción Social y Salud Pública; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y Legislación General<sup>987</sup>-, que diversos proyectos de fecundación artificial fuesen **debatidos por el pleno**. Los dictámenes emitidos<sup>988</sup> por las Comisiones son: uno

La obligación del legislador del amparar el bien común no se cumple promoviendo leyes como la que analizamos. En efecto, los proyectos de ley que autorizan estas técnicas se oponen radicalmente no sólo al bien del individuo, sino también al bien común (cfr. cap. III de la obra) y, por consiguiente, están privados totalmente de auténtica validez jurídica.

Pensamos que el Dr. MAZZINGHI trató de avalar este proyecto por temor de que se sancionase otro más amplio. Pero, sostenemos, este aval sólo podría darse como alternativa a otra ley vigente más permisiva o en fase de votación, requisitos que no se dieron en 1997, ya que el único proyecto con media sanción del Senado, que debía ser tratado por Diputados, fue el considerado como “sensato” por el prestigioso jurista.

<sup>986</sup> A nivel provincial es preocupante la media sanción de un proyecto de ley mendocino que prevé el acceso gratuito a estas técnicas de fecundación artificial mediante su cobertura obligatoria e integral por parte del sistema de salud. Cfr. LAFFERRIERE, Nicolás, *Avanza en Mendoza ley de financiación de la fecundación artificial*, (Buenos Aires, 20/06/11), [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

<sup>987</sup> Información suministrada por la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación.

<sup>988</sup> Cfr. DEL RÍO, Mónica, *Media sanción para identidad de género y eutanasia*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año XI, N° 794, 30 de noviembre de 2011; *Fecundación artificial obtuvo dictamen*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año XI, N° 788, 9 de noviembre de 2011; *La Comisión de Familia podría despachar fecundación artificial*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año XI, N° 761, 11 de junio de 2011; *Fecundación artificial gratuita*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año XI, N° 747, 9 de enero de 2011; *Familia estudia fecundación artificial*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 743, 16 de noviembre de 2010; *Fecundación artificial tiene dictamen de la Comisión de Salud*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 742, 10 de noviembre de 2010; *Podrían dar despacho a fecundación artificial*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 740, 8 de noviembre de 2010, en <http://www.notivida.org/>



en mayoría y tres en minoría emitidos por la Comisión de Acción Social y Salud Pública, y otro en minoría enviado a la Comisión de Familia, Mujer, niñez y Adolescencia por la Diputada Cynthia HOTTON.

El **dictamen de mayoría**, impulsado por la Diputada Silvia MADALANI<sup>989</sup>, permite la donación de gametos y embriones, su congelamiento por 10 años y su posterior descarte (muerte) y el alquiler de vientres. El médico interviniente decidirá el número de ovocitos a inseminar y de embriones a transferir. El Sistema Público de Salud, las Obras Sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico y tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida en casos de esterilidad e infertilidad diagnosticadas. Las “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” serán aplicables a toda persona capaz que las acepte mediante consentimiento informado.

Los **dictámenes en minoría** son los siguientes:

El del Diputado Mario FIAD exige que la mujer tenga una edad mínima de 18 años y máxima de 50, y que cuente con una pareja estable (3 años) y la prohibición de identificar en los gametos los rasgos genotípicos, para “que no se elijan a los chicos como en un supermercado”, según manifestó<sup>990</sup>. Permite la donación de gametos y el congelamiento de embriones.

El de Ivana BIANCHI es permisivo moderado, en tanto sólo permite acceder a las técnicas a “parejas heterosexuales que acre-

<sup>989</sup> El Dictamen tiene dos disidencias parciales de los Diputados Nancy GONZÁLEZ y María Luisa STORANI.

<sup>990</sup> DEL RÍO, Mónica, *Fecundación artificial tiene dictamen de la Comisión de Salud*, en Boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 742, 10 de noviembre de 2010, <http://www.notivida.org/>

diten una relación estable de al menos de 3 años, sean mayores de edad y se encuentren en edad reproductiva”. Prohíbe la donación de gametos (con fundamento en el “derecho a la identidad” del embrión), el congelamiento de embriones, su donación y descarte, y la subrogación de vientres. Exige la transferencia en un solo acto de todos los embriones fecundados (fijando un tope máximo de 3).

El dictamen de Marcela RODRÍGUEZ es similar al dictamen de mayoría, pero permite acceder a las técnicas a parejas del mismo sexo.

En cuanto al dictamen de minoría de la Diputada Cinthya HOTTON, si bien reconoce que “El embrión es persona y, por lo tanto, sujeto de derechos desde la concepción” (art. 13, párrafo 2º) y declara que “el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad y a que se respete su medio ambiente natural y la vida”, postula legislar técnicas abiertamente contradictorias con esos principios, dada la cosificación de los embriones “producidos”<sup>991</sup> que aquellas conllevan. Por otra parte llama la atención que, a la par de afirmar la personalidad de los embriones, permite que los mismos sean objeto de contratos de donación<sup>992</sup>, estableciéndose que: “La donación de gametos y embriones debe realizarse a título gratuito. Queda prohibido a los centros médicos asistenciales la promoción de incentivos económicos, lucrativos o comerciales para la donación, así como la realización de compensaciones de cualquier tipo y naturaleza. No se puede concebir más de tres hijos con los gametos de un mismo donante. La conservación de los gametos está permitida por un período no mayor a los tres años” (art. 9º). Y que: “Los derechos sobre los embriones criopreservados corresponden a las parejas destinatarias de las técnicas de reproducción humana asistida” (art. 21, los resaltados son nuestros). En cuanto al congelamiento de embriones, si bien el artículo 20 declara su prohibición, ésta admite excepciones: “La crioconservación de embriones está prohibida. Sólo se permitirá

<sup>991</sup> Tal la expresión utilizada en el artículo 19 del dictamen “Los embriones solo pueden ser producidos para ser implantados en un útero femenino...”.

<sup>992</sup> El artículo 1789 del Código Civil define a la donación diciendo “Habrà donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”.

en los siguientes supuestos: a) Mientras dure el tratamiento b) Cuando surjan intercorrencias transitorias que pongan en riesgo la viabilidad del embarazo c) En los casos en que exista complicación médica o quirúrgica, según criterio médico”.

En resumen, “no obstante su evidente buena intención, la norma resulta equivocada en la medida en que, desde que en el ordenamiento jurídico vigente los embriones son reconocidos como seres humanos con personalidad y derecho a la vida garantizados desde la concepción y antes de que la prohibición se plasme en la norma proyectada, las conductas que ella describe ya son ilícitas, encuadrando algunas en las tipificaciones del Código Penal. Al igual que en los dictámenes de Madjalani, Bianchi y Fiad, se instituye como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud y se crea, dentro de su ámbito, un registro único de establecimientos médicos (artículos 23 y 24). Finalmente, de manera coincidente con el dictamen de mayoría, se determina que las prácticas de reproducción humana asistida sólo podrán ser llevadas a cabo en establecimientos que cumplan los requisitos establecidos por la autoridad de aplicación (artículo 25), se legisla sobre la cobertura de esas prácticas por parte de las obras sociales y entidades de medicina prepaga (artículo 26), se establece un régimen de sanciones por incumplimientos al régimen de la ley (artículos 28, 30, 31, 32, 33 y 34), y se dispone que el destino de las multas que se aplicaren a solventar el funcionamiento del registro creado por la ley, al cumplimiento de las obligaciones que ley establece y a la realización de campañas anuales sobre la difusión del contenido de la misma (artículo 25). En resumidas cuentas, el tercer dictamen de minoría, que, teniendo en cuenta los antecedentes de su autora, debió haber sido de rechazo total de los proyectos, terminó siendo una iniciativa más de carácter despersonalizante”<sup>993</sup>.

Un párrafo aparte merece el valiente y sensato dictamen del Diputado Julián OBIGLIO, que **prohíbe las técnicas de fecundación artificial** y penaliza con prisión de 6 meses a 2 años a quien las aplique.

<sup>993</sup> DEL RÍO, Mónica, Familia estudia fecundación artificial, en Boletín electrónico “Notivida”, Año X, N° 743, 16 de noviembre de 2010, <http://www.notivida.org/>

Tal como explicamos anteriormente, en la última y maratónica sesión del año parlamentario 2011, realizada el 30 de noviembre, la Cámara baja otorgó media sanción a los proyectos de “identidad de género” y “muerte digna”, en tanto “fecundación artificial” se aprobó sólo en general -sin debate en particular- por lo que no alcanzó la media sanción<sup>994</sup>.

#### 4.4.2. Prudencia del legislador ante la votación de proyectos permisivos

Nos preguntamos ahora qué actitud debe adoptar el legislador frente a un proyecto de ley que regule la fecundación artificial extracorpórea en forma permisiva. Nos encontraríamos ante un proyecto de ley intrínsecamente injusto, por lo tanto nunca será lícito darle el sufragio del propio voto<sup>995</sup>. En caso de que el voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, podemos aplicar el criterio que hemos adelantado sobre limitación de daños<sup>996</sup>, siempre que sea como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación.

#### 4.4.3. Efectos negativos que seguirían a la aprobación de un proyecto permisivo

El Dr. QUINTANA señala los siguientes<sup>997</sup>: a) aumento de la

<sup>994</sup> DEL RÍO, Mónica, Media sanción para identidad de género y eutanasia... *ibidem*.

<sup>995</sup> Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración sobre el aborto... *ibidem*, N° 22.

<sup>996</sup> “Cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública. En efecto, obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos”. JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium Vitae... *ibidem*, N° 73.

<sup>997</sup> “a) se causará más confusión en la población de la que hay, teniéndose por ético lo que es inmoral, ya que la manipulación y los riesgos que artificialmente se corren merecen esta calificación. En efecto, pese a la difusión en los ámbitos académicos del positivismo que separa “moral” y “derecho”, para el ciudadano común lo que es legal goza de una presunción de moralidad: nadie quiere estar fuera de la ley, ya que

confusión moral en la población; b) imposibilidad de contralor en el recurso a las técnicas; c) efecto deslizamiento. Por nuestra parte agregamos que un proyecto permisivo también contribuirá al oscurecimiento y debilitamiento de las conciencias de los argentinos sobre la dignidad y el derecho a la vida de toda persona humana desde el momento de su concepción.

#### 4.4.4. Efecto deslizamiento en el derecho comparado<sup>998</sup>

en principio se juzga a ésta como razonable o justa, por su propia naturaleza la legislación socialmente tiene una función docente; b) una vez autorizadas las técnicas se torna imposible su contralor; c) puede darse con el tiempo el efecto deslizamiento". QUINTANA, Eduardo M., Un proyecto contradictorio... *ibidem*, pág. 9. Mostraremos el efecto deslizamiento que se da habitualmente al permitirse -aún de modo moderado- las técnicas, al exponer la "evolución" de la legislación española sobre el tema.

<sup>998</sup> "Las leyes relativas a la materia, adoptadas en los últimos años en algunos países de Europa, revelan un profundo desacuerdo sobre la forma de considerar a las nuevas técnicas y su incidencia en la vida individual y social" (ANDORNO, Roberto, Procreación asistida: Posiciones contrapuestas... *ibidem*). El Dr. ANDORNO considera que se puede advertir la presencia de dos corrientes legislativas opuestas en la materia. La primera se caracteriza por: a) Ausencia de requisitos especiales en quienes recurren a las técnicas; b) Aceptación de todas las variantes técnicas; en particular, del empleo de gametos de terceros ajenos a la pareja, tanto masculinos como femeninos; c) Anonimato del donante de gametos, sin posibilidad para el hijo de conocer la identidad de su padre o madre biológicos; c) El respeto de la vida embrionaria se retarda un cierto tiempo, en general, 14 días luego de la fecundación; d) Amplia libertad en materia de manipulación embrionaria, y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación, o destrucción de los "sobrantes". En esta corriente se ubican las legislaciones de España y de Gran Bretaña. En Francia, las leyes sobre bioética también se inscriben en una línea permisiva, aún cuando ésta sea más atenuada que las mencionadas. La segunda corriente legislativa se caracteriza por tomar como punto de mira principal el interés de los niños nacidos de las nuevas técnicas, intentando evitar una excesiva artificialización de la familia. Esta corriente se caracteriza por: a) Exigencia de ciertas condiciones de estabilidad por parte de los receptores de las técnicas (que en todos los casos deben constituir una pareja heterosexual estable); b) Las técnicas heterólogas son desalentadas o prohibidas; c) Se reconoce al niño el derecho a conocer la identidad de su padre biológico, en el supuesto de fecundaciones heterólogas; d) La vida embrionaria es protegida de las manipulaciones más graves desde el momento mismo de la concepción, al disponerse que todos los embriones obtenidos *in vitro* deben ser transferidos a su madre biológica. Dentro de esta corriente jurídica se destacan la ley alemana de protección del embrión, la ley austríaca sobre medicina de la reproducción, la ley noruega N° 68 del 12/6/87 y el art. 24, 9 de la Constitución federal suiza, introducido por plebiscito el 17/5/92. Suecia se ubica en una posición híbrida, en cuanto desalienta o prohíbe, según los casos, las procreaciones heterólogas (ley N° 1140, del 20/12/84 y N° 711, del 14/6/88), pero

Antes de concluir el capítulo, nos parece importante exponer la evolución legislativa en España e Italia respecto del tema, para mostrar cómo se da –en una expresión del Dr. QUINTANA que citamos anteriormente- el "efecto deslizamiento" al aprobarse una legislación "permisiva", ya que ceder ante las presiones de quienes propugnan la autorización de estas técnicas implica generar otras nuevas presiones en la misma dirección, con lo cual lentamente caerán las limitaciones que se establecieron originariamente. "Una vez abierta la puerta será difícil cerrarla"<sup>999</sup>.

#### 4.4.4.1. Legislación española

El Congreso de Diputados Español aprobó el 11 de mayo de 2006 la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida N° 14/06<sup>1000</sup> que autoriza, entre otras cosas, la selección genética, a través del diagnóstico genético preimplantacional, con fines "terapéuticos", de embriones obtenidos mediante técnicas de fecundación artificial, en violación de los preceptos primarios de la ley natural. Sus antecedentes son los siguientes.

##### 4.4.4.1.1. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida N° 35/1988

La ley 35/1988<sup>1001</sup> "abrió la puerta" del ordenamiento normativo español a las técnicas de fecundación artificial. "Bajo el influjo del más crudo materialismo y relativismo moral, en este texto se considera a las personas humanas, en los primeros catorce días de la vida, como simple "material con el que se trabaja". En su texto se autorizan: las diversas técnicas de reproducción artificial, así como la investigación y experimentación con óvulos fecundados;

admite la experimentación con embriones antes del día 14 (ley N° 115 del 14/3/91). Cfr. ANDORNO, Roberto. Procreación asistida: Posiciones contrapuestas... *ibidem*.

<sup>999</sup> QUINTANA, Eduardo M., Un proyecto contradictorio... *ibidem*. Pág. 8.

<sup>1000</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida N° 14/06, del 11 de mayo de 2006, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html). El trámite parlamentario se puede consultar en <http://www.almendron.com/blog/?p=640>.

<sup>1001</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida N° 35/1988, del 22 de noviembre de 1988, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html)

la donación de gametos y preembriones (embriones no mayores de 14 días); la posibilidad de que toda mujer, con prescindencia de su estado civil, utilice dichas técnicas; la elección del donante “es responsabilidad del equipo médico”; y la fecundación con semen del esposo o de otro “varón no unido por vínculo matrimonial” en los seis meses siguientes a sus fallecimientos. Los embriones “sobrantes” se crioconservarán sólo cinco años. Pasados dos años de crioconservación de gametos o embriones que no procedan de donantes, “quedarán a disposición de los bancos correspondientes”. En el art. 14 se autoriza el test del hámster, que consiste en fecundar un óvulo de una rata de laboratorio con semen humano, debiendo suspenderse el experimento en el nivel bicelular. Se convalidan otras posibles mezclas de gametos humanos y no humanos “que cuenten con el permiso de la autoridad pública”. En el art. 17 “se permite la utilización de ‘preembriones’ no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos”. En el art. 20 inc. f) se faculta a utilizar industrialmente ‘preembriones’ para fines “diagnósticos, terapéuticos o científicos”. En el art. 20 se convalida la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, cuando se encuentre autorizada. En la primera disposición final se deja constancia de que el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que deberán cubrirse para la “experimentación con gametos, preembriones, embriones o fetos humanos”<sup>1002</sup>.

#### 4.4.4.1.2. Ley 42/1988<sup>1003</sup>

Por otra parte la ley 42/1988 admitía la investigación con embriones humanos siempre que éstos no fuesen viables o estuviesen muertos y que dicha investigación no fuese realizada con carácter comercial.

<sup>1002</sup> RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *Agresiones contra la vida inocente...* ibídem, pág. 32-33.

<sup>1003</sup> Ley Nº 42/1988, del 28 de diciembre de 1988, en [www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/Ley\\_42-1988.pdf](http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/Ley_42-1988.pdf)

#### 4.4.4.1.3. Ley 45/2003<sup>1004</sup>

En la Exposición de Motivos<sup>1005</sup> de la ley 45/2003, por la que se modifica la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se fundamenta la reforma en un presunto potencial terapéutico que supondría el aprovechamiento de los preembriones supernumerarios o sobrantes con fines de investigación<sup>1006</sup>. Esta ley, al **introducir un límite** en el número de fecundaciones asistidas y transferencias por ciclo, pretendía salir al paso de los embarazos múltiples y de la acumulación de “preembriones sobrantes”. Estas

<sup>1004</sup> Ley Nº 45/2003, del 21 de noviembre de 2003, en [www.isciii.es/htdocs/terapia/legislacion/Terapia\\_Ley\\_45\\_2003.pdf](http://www.isciii.es/htdocs/terapia/legislacion/Terapia_Ley_45_2003.pdf)

<sup>1005</sup> Exposición de Motivos de la ley Nº 45/2003, en [http://www.enferaclinic.com/Legislacion/Leg.%20Sist.%20Sant.%20Publico/ley\\_45-2003.htm](http://www.enferaclinic.com/Legislacion/Leg.%20Sist.%20Sant.%20Publico/ley_45-2003.htm)

<sup>1006</sup> La modificación consistió en establecer un límite máximo de tres “preembriones” que pueden ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de reducir el número de partos múltiples, y evitar así los riesgos que este tipo de embarazos supone. Y para evitar la producción de “preembriones supernumerarios”, se estableció la fecundación de un máximo de tres ovocitos (que serán los tres “preembriones” que se transferirán a la mujer por ciclo), salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores. Además de modificarse el tiempo de crioconservación del semen, se establecieron nuevos requisitos para la crioconservación de “preembriones” supernumerarios. En estos casos, las parejas deberán firmar un **compromiso de responsabilidad** sobre sus “preembriones” supernumerarios, que se mantendrán crioconservados por un plazo máximo equivalente a la vida fértil de la mujer, con el objeto de que le sean transferidos en intentos posteriores. Por otra parte, antes de iniciar un tratamiento de reproducción asistida será necesario **comprobar** que la pareja, o la mujer en su caso, no tengan “preembriones” crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida. Asimismo, los centros que procedan a la crioconservación de “preembriones” humanos, deberán disponer de un **seguro** o instrumento equivalente, que respalde su capacidad para compensar a las parejas en el supuesto de que se produjera un “accidente o siniestro” que afecte a los preembriones crioconservados. Esta disposición se conserva en la nueva ley 14/2006, art. 11.7. Las parejas progenitoras, o la mujer en su caso, deberán pronunciarse al firmar el consentimiento informado entre las siguientes alternativas acerca de los preembriones que mantengan crioconservados: a) mantener el estado de crioconservación hasta que les sean transferidos; b) **donarlos** con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten; c) manifestar su aprobación para que el **material biológico** obtenido **en el momento** de la descongelación pueda ser utilizado **con fines de investigación** (Como explicamos en el capítulo IV, en el momento de la descongelación muchos de estos embriones están aún vivos, razón por la cual no es lícito jurídicamente su utilización como material de investigación) u d) optar por su **descongelación sin otro fin posterior**.

disposiciones –aunque moralmente inadmisibles- limitaban los atentados que se venían produciendo contra la vida de los embriones, al tratar de evitar que su congelación fuese un procedimiento habitual conducente a su acumulación. Pero por otro lado abrían la posibilidad de descongelar los embriones ya acumulados y utilizarlos –vivos o muertos- para la investigación.

#### 4.4.4.1.4. Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>1007</sup>: “Destinos posibles” de los “preembriones”

Lamentablemente, mediante la sanción de la nueva Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se procedió a eliminar en la práctica toda limitación legal de las fecundaciones y a desproteger completamente al embrión humano concebido con estas técnicas.

El art. 11.4 de la ley 14/2006<sup>1008</sup> establece los destinos posibles para los “preembriones” congelados, entre los cuales se encuentran: convertirse en material de investigación (inc. c) o bien en un simple material “descartable” (inc. d). La última alternativa permitida (cese de su conservación sin otra utilización), implica lisa y llanamente el descarte de los embriones<sup>1009</sup>. Los “destinos posibles” de los preembriones se establecerán según **criterios eugenésicos**, cuya herramienta es el diagnóstico genético preim-

<sup>1007</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida Nº 14/06, del 11 de mayo de 2006, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/14-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/14-2006.html)

<sup>1008</sup> “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” (los resaltados son nuestros).

<sup>1009</sup> Cabe distinguir esta hipótesis de la propuesta de descongelarlos y dejarlos morir según el curso natural de las cosas.

plantacional<sup>1010</sup>. A los más “aptos” se les “**permitirá**” nacer con dos fines: para **satisfacer el deseo** -que la ley española convierte en fuente del supuesto “**derecho**” de los padres de tener un hijo-, o con “**finés terapéuticos para terceros**”. Lo más grave del caso es que la “**decisión**” sobre el “**destino**” de los “preembriones” quedará, por desidia o cobardía de los padres, en manos de los Centros que los crioconservan, que podrán destinarlos como material de ensayo científico (cfr. art. 14 y art. 11.6). La “**gratuidad y ausencia de ánimo de lucro**” de los Centros de investigación (art. 15.1.e) es una exigencia legal que pretende justificar la manipulación de los embriones con el pretexto del “**progreso de la ciencia**” (art. 15.1.e).

#### 4.4.4.1.5. Ley 14/2007 de Investigación biomédica<sup>1011</sup>

La ley de Investigación Biomédica permite la donación de óvulos humanos, embriones y fetos para investigación. Promueve la transferencia nuclear a ovocitos humanos y su activación (tecnología que se conoce como “clonación terapéutica”<sup>1012</sup>) a fin de que

<sup>1010</sup> El diagnóstico genético preimplantacional posibilita: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia; b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrion; c) La determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros (cfr. art. 12). No podemos dejar de advertir que las expresiones “no afectados para su transferencia” (inc. a) y “viabilidad comprometida” (inc. b) no implican que los embriones estén muertos, sino, simplemente, que **no son sanos**...

<sup>1011</sup> Ley de Investigación biomédica Nº 14/07, del 3 de julio de 2007, en [www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=4647-](http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4647-)

<sup>1012</sup>

Como hemos explicado, la “clonación terapéutica” es una utopía científica (Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *El ensayo coreano no ha clonado un embrión humano*, en “Ibérica: Actualidad tecnológica”, Nº. 472, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *¿Clonación reproductiva “no” y terapéutica “sí”?*, en “Nuestro tiempo”, Nº 607-608, 2005, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Clonación Terapéutica*, en “Persona y bioética”, Vol. 8, Nº 22, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>). Por otra parte, para uso terapéutico se cuenta con las células troncales de adulto del propio paciente (Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia; GONZÁLES DE LA TAJADA, Iranzu, *Terapia celular y células madre: II: células madre*

prosiga la investigación con embriones y sus células, lo que la ley considera imprescindible para el desarrollo de la medicina regenerativa<sup>1013</sup>.

La ley 14/2007 define al embrión como la “fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener”<sup>1014</sup> (por crioconservación, se entiende); y al preembrión como “el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”<sup>1015</sup>. Es decir, que el género de la definición de preembrión es “embrión”, y en consecuencia deberían gozar aquellos de los mismos derechos que éstos. Sin embargo, en el

de adulto, en “Ibérica: Actualidad tecnológica”, N° 462, 2003, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>), o de células ajenas tolerantes como las de la sangre del cordón umbilical de neonatos. Por ello deja de ser un “dilema ético” -en realidad nunca lo fue- usar o no embriones humanos para causar un bien: no está justificado desde ningún punto de vista (Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿Qué hay de nuevo sobre las células troncales?: La utopía de la “Clonación Terapéutica”, en “Cuadernos de Bioética”, Vol. 18, N° 64, 2007. Pág. 367-385; LÓPEZ MORATALLA, Natalia; TOMÁS Y GARRIDO, Gloria M., De la totipotencia del cigoto a las células troncales maduras y de reserva, en “Cuadernos de bioética”, Vol. 20, N° 70, 2009, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿“Resucitan” al inicio del 2009 las células troncales procedentes de embriones?, en “Cuadernos de Bioética”, Vol. 20, N° 70, 2009, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Ética de la investigación en terapia regenerativa, en “Cuadernos de Bioética”, Vol. 19, N° 66, 2008, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, El lobby de las células embrionarias, telón de fondo del fraude de la clonación, en “Cuadernos de Bioética”, Vol. 16, N° 58, 2005, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>; LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Uso terapéutico e investigación con células troncales humanas: racionalidad científica, en “Cuadernos de Bioética”, Vol. 15, N° 53, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>).

<sup>1013</sup> Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La racionalidad terapéutica en la medicina regenerativa con células troncales embrionarias o de adulto, en “Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia”, N° 43, 2003, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

<sup>1014</sup> Ley 14/2007 art. 3 inc. I.

<sup>1015</sup> Ley 14/2007 art. 3 inc. I.

art. 32, 2º párrafo se le da al preembrión un tratamiento diferente del embrión. En efecto, el art. 28<sup>1016</sup> exige para la donación de embriones con fines experimentales, su muerte, entendida como la pérdida de “su capacidad de desarrollo biológico”, mientras que el art. 32, 2º párrafo establece que “la donación de ovocitos y de preembriones se regirá por lo dispuesto en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, lo cual conlleva que puedan ser utilizados para experimentación aún vivos, significando ésto en los hechos un permiso de matarlos, como vimos en los puntos anteriores.

#### 4.4.4.1.6. Conclusión

Es incuestionable que la legislación española refleja una infravaloración de la vida humana embrionaria<sup>1017</sup>, que, en los primeros

<sup>1016</sup> Ley 14/2007 art. 28 inc. 1.: “Los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos”.

<sup>1017</sup> Nótese la terminología que se emplea respecto de la persona en los primeros estadios de su desarrollo, como consecuencia del uso del término “preembrión” para referirse a ella (todos los resaltados de esta nota a pie de página son nuestros): Ley 35/1988: “preembriones **viables**”; COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, Informe del año 2000 sobre “La investigación con embriones humanos **sobrantes**”: “**utilización**, con fines de investigación, de aquellos embriones que hubieran superado el plazo de cinco años de crioconservación,... ni **donados** a otras parejas”, “**reducir** el número de **preembriones sobrantes**”; COMITÉ ASESOR DE ÉTICA, dependiente de la FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA, Informe de 2003 sobre “La investigación sobre células troncales”: “**destino** de los preembriones humanos **sobrantes** de la FIV y su posible **utilización** con fines de investigación”... “Ante la **alternativa de la destrucción**, y una vez asegurado que los preembriones **sobrantes** no pueden ser transferidos, se manifiesta favorable a que se permita su **utilización** con fines de investigación”... “permitir la **donación** con fines reproductivos”; Exposición de Motivos de la Ley 45/2003: “**aprovechamiento** de los preembriones **supernumerarios o sobrantes** con fines de investigación”; Ley 45/2003: Los preembriones son “**material biológico** obtenido en el momento de la **descongelación**” que podrá ser “**utilizado con fines de investigación**”... “a todos los efectos, el **material biológico** obtenido tras la **descongelación** será tratado de acuerdo con la legislación vigente sobre **donación y utilización de células y tejidos** de origen humano”; Ley 14/2006: “Los diferentes **destinos posibles** que podrán darse a los preembriones crioconservados” son “su **utilización** por la propia mujer o su cónyuge; la **donación**; el **cese de su conservación** sin otra

estadios de vida, se traduce en una ausencia total de protección legal<sup>1018</sup>. Numerosos juristas españoles han denunciado la desprotección del embrión humano que se ha producido con estas reformas legislativas<sup>1019</sup>. La desprotección se evidencia, además de lo expuesto, en lo siguiente: se permite a la mujer receptora de estas técnicas que pueda suspender la realización de las mismas (ley 14/06 art. 2.4); se permite la crioconservación de los embriones preimplantatorios sobrantes de una fecundación in vitro, por un máximo de cinco años; pasados dos años de crioconservación, los embriones preimplantatorios que no procedan de donantes, que-

utilización". El artículo 12 establece: "1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles 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... 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 **finés terapéuticos para terceros**, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente...".

<sup>1018</sup> Cfr. DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. Cruz, La regulación jurídica... *ibidem*.

<sup>1019</sup> Cfr. ZURRIARÁIN, Roberto G., La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/2ª. Págs. 155-181; CORRAL GARCÍA, Eduardo, La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/2ª. Págs. 183-200.

Se destacan las afirmaciones del profesor Jesús-María SILVA SÁNCHEZ -en el marco de discusión del llamado "derecho penal del enemigo"-, quien ha sostenido que más allá de la disminución de las garantías político-criminales de ciertos sujetos activos que sugiere tal doctrina, se percibe una "radical desprotección de ciertos sujetos pasivos, donde "enemigo" para este derecho penal será aquel ser humano al que, en la medida en que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)... mediante su definición como no-persona en absoluto..."., circunstancias que concurren de modo esencial en el ser humano concebido y no nacido. El nivel de desprotección en España es tal -dice SILVA SÁNCHEZ- que "ha acabado por atribuir a terceros (médicos) deberes específicos que sólo se pueden eludir mediante el expediente excepcional del recurso a la objeción de conciencia". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*, en CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión, (s/l, 2006). Edit. Edisofer. t. I-II. págs. 985-1010.

darán a disposición de los bancos correspondientes (ley 14/06 art. 11.3 y 4)<sup>1020</sup>.

Se aprecia asimismo en la legislación española el "efecto deslizamiento" al que antes aludimos, que es una de las razones -si bien no resulta la más importante- por las cuales sostenemos que es desaconsejable autorizar moderadamente las técnicas en Argentina.

#### 4.4.4.2. Legislación italiana

Una legislación permisiva moderada, en efecto, abre una puerta que luego tiende a abrirse cada vez más, en vez de cerrarse. Esto también lo vemos ejemplificado en la evolución de la legislación italiana que se relaciona con el inicio de la vida humana.

En junio de 2005 se realizaron cuatro *referendum* sobre fecundación artificial, cuya admisibilidad abrogativa parcial fue declarada por la Corte Constitucional<sup>1021</sup>. Estos *referendum*<sup>1022</sup> proponían cambios a varios artículos e incisos de la ley de procreación médicamente asistida N° 40<sup>1023</sup>, la cual se pretendía abrogar parcialmente. La finalidad de estas consultas era reducir las restricciones y limitaciones legales protectorias del embrión, permitiendo la investigación con embriones, incluso utilizando células estaminales embrionarias -lo cual implica su destrucción-; eliminar el límite de tres embriones a ser fecundados; eliminar la prohibición de donantes de gametos externos a la pareja (fecundación heteró-

<sup>1020</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, A. M.; VEGA GUTIÉRREZ, J. y MARTÍNEZ BAZA, P., Reproducción asistida en la comunidad europea. Legislación y aspectos bioéticos, (Valladolid, 1993). Edit. Universidad de Valladolid. Pág. 217.

<sup>1021</sup> La CORTE CONSTITUCIONAL declaró la inadmisibilidad del *referendum* que proponía la derogación total de la ley N° 40, **admitiendo el referéndum abrogativo parcial**. Cfr. Información del Periódico *on line* "Avvenire", en [http://www.db.avvenire.it/avvenire/index\\_online.jsp](http://www.db.avvenire.it/avvenire/index_online.jsp). Traducción propia; Información del Periódico *on line* "Italia Católica", en <http://www.italiacattolica.it/modules.php?name=News&file=article&sid=209>. Traducción propia.

<sup>1022</sup> El texto de los *referendum* puede consultarse en <http://www.impegnoreferendum.it/Extra/4Quesiti/20059212E.htm>

<sup>1023</sup> Ley de procreación médicamente asistida N° 40, del 19 de febrero de 2004, (publicada en la Gaceta Oficial N° 45 del 24 de febrero de 2004), en [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

loga); y anular la equiparación legal de los derechos del embrión respecto de los de una persona ya nacida.

Sin embargo y gracias a una intensa campaña de concientización sobre los derechos de los embriones, sólo concurrieron a votar en el referendun el 25% de los italianos (se necesitaba la participación de al menos el doble para que tenga validez), lo cual impidió la aprobación de las reformas.

#### 4.4.4.2.1. Antecedentes en la materia

Posteriormente -y en contradicción- a la legalización del aborto<sup>1024</sup>, se presentan en el parlamento italiano proyectos de ley sobre fecundación artificial<sup>1025</sup>, a la par que se asiste a un momento

<sup>1024</sup> Sostenemos que existe una contradicción desde un punto de vista demográfico, ya que por un lado se promueve el aborto (como método de control de la natalidad) y por el otro la procreación asistida (como método para aumentar la tasa de natalidad). Según Alisa DEL RE (Cfr. DEL RE, Alisa, Reproducción social y reproducción biológica en la Italia del fin de milenio, Istituto di Scienza Política. Università di Padova. Italia, en <http://www.bib.uab.es/pub/papers/02102862n53p25.pdf>), la batalla feminista a favor del aborto tiene una importante “victoria” en Italia en 1978, año en que se aprueba la Ley 194, sobre la “interrupción voluntaria” del embarazo. Esta ley es fruto de la formación del CISA (Comité Italiano de Salud y Aborto) asociado al Partido Radical, que organiza abortos en clínicas privadas de todo el país a precios “políticos” (o sea, reducidos). En enero de 1975, después del arresto del doctor CONCIANI, propietario de una clínica adherida al CISA, comienzan las primeras manifestaciones por un aborto libre, gratuito y asistido. En el mismo año, una sentencia de la Corte Constitucional italiana declara legítimo el aborto terapéutico, fundado en el derecho a la salud de la madre. Así, la sentencia abre paso a la presentación de proyectos de ley sobre el aborto. La ley de aborto es aprobada el 18 de mayo de 1978, basada en el derecho a la “salud psicofísica de la mujer”. Entre 1979 y 1980 fueron presentadas quince alegaciones de inconstitucionalidad, que fueron rechazadas. La Corte Constitucional, en 1988, confirma la validez del artículo 5 que atribuye a la mujer la decisión de abortar.

<sup>1025</sup> Las propuestas del PDS y de Refundación Comunista (ponentes Ersilia SALVATO en el Senado y Franca CHIARAMONTI en la Cámara de Diputados) permite la “auto-determinación” de la mujer: ella puede solicitar y escoger la opción de la inseminación implicando a la pareja, sin necesidad de obtener su consentimiento. No está previsto el alquiler de úteros: el nacido es considerado hijo de la mujer que lo ha parido. Se consiente la donación de gametos masculinos, pero queda prohibida la de los femeninos. Pueden recurrir a las técnicas de reproducción artificial las parejas, los cohabitantes y las mujeres solas, cuando posean la mayoría de edad. La mujer o la pareja deben poder decidir sobre el destino de los propios embriones. La identidad del donante es secreta. Este proyecto de ley prevé que las intervenciones de fecundación *in vitro*, obtención y transferencia de gametos y embriones se realicen exclusivamente

de gran “libertad reproductiva”<sup>1026</sup>.

#### 4.4.4.2.2. Ley 40<sup>1027</sup>

Se aprobó finalmente, después de 40 años de polémica, la regulación jurídica de la fecundación artificial, con 277 votos favorables, 222 contrarios y 3 abstenciones<sup>1028</sup>.

En los centros públicos autorizados. En cambio, la inseminación artificial puede hacerse en los centros privados autorizados. En la propuesta de Giovanna MELANDRI (progresista de Alianza Democrática) se requiere el consentimiento de la pareja, excepto en los casos de divorcio o separación definitiva. Queda prohibido inseminar a mujeres de más de 51 o de menos de 18 años. La edad del donante —hombre o mujer— varía según el sexo; las mujeres, de 18 a 35 y los hombres, entre los 18 y los 40 años. No se puede elegir el sexo del embrión ni la raza. El médico debe informar a la mujer sobre los riesgos y está asistido por un psicólogo y un psicoterapeuta. Para Vincenzo BASILE y para Alejandra MUSSOLINI (Alianza Nacional), las donaciones de gametos masculinos y femeninos pueden permitirse, pero no existe ninguna posibilidad para las mujeres solas de recurrir a las técnicas de reproducción artificial. Para ambos cónyuges, el consentimiento y la solicitud escrita con firma autenticada son necesarios. Ninguna mujer menopáusica puede ser inseminada. Según Massimo SCALIA (Verdes), el acceso a las técnicas de reproducción es posible entre los 30 y los 40 años con solicitud escrita de la mujer y firma de aquél que va a asumir el rol de padre jurídico. Pueden donar gametos, tanto los hombres como las mujeres entre 18 y 40 años. Los donantes pueden comunicar al banco su voluntad de frecuentar al nacido y la identificación del donante debe quedar garantizada. En el proyecto de Nicola MANCINO (Partido Popular) y de Elisabetta CASELLATI (*Forza Italia*), se excluye la fecundación *in vitro* con utilización de gametos externos a la pareja y se impone el derecho del nacido a un modelo familiar estable y jurídicamente reconocido. Para los que contravengan la ley, se proponen sanciones penales, ya sea de manera individual o a la pareja, pero no para el médico.

<sup>1026</sup> Esa “libertad reproductiva” se aprecia en casos como el de la madre abuela fecundada artificialmente que ha tenido un bebé a los 63 años; la niña gestada en el vientre de la tía dos años después de la muerte de la madre (en este caso la gestante sería al mismo tiempo progenitora y tía, mientras que el padre también sería tío); la madre de 44 años que se hace implantar el óvulo fecundado de la hija de veintitrés años —a la cual le habían extraído el útero—, la “madre de alquiler” que no respeta la palabra dada a la pareja y desea quedarse con el hijo (había sido fecundada artificialmente con el esperma del marido). Cfr. DEL RE, Alisa, Reproducción social y reproducción biológica en la Italia... ibídem.

<sup>1027</sup> Ley de procreación médicamente asistida N° 40, del 19 de febrero de 2004, (publicada en la Gaceta Oficial N° 45 del 24 de febrero de 2004), en [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

<sup>1028</sup> Cfr. FUSCO, Mauro, La legge sulla provetta diventa realtà tra polemiche, critiche e dubbi di costituzionalità: male minore o etica di stato? (La ley sobre la probeta de-



viene realidad entre polémicas, críticas y dudas de constitucionalidad: ¿mal menor o ética de estado?), en “Diritto & Diritti”, [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

La ley pretendió inspirarse en los siguientes **principios**: a) el embrión humano es sujeto humano desde la fecundación del óvulo; b) la defensa de la institución familiar, que es la célula fundamental de la sociedad y centro vital para la continuidad de la especie; c) la defensa del derecho del *nasciturus* a tener un padre y una madre que lo críen, amen, eduquen y le aseguren el mantenimiento necesario hasta su mayoría de edad. Las **críticas** que ha recibido esta ley son, entre otras: 1) Esta ley tiene **carácter “no curativo”**, pues prohíbe el acceso a estas técnicas en los casos de personas con patologías genéticas transmisibles. Sólo se permiten estas técnicas como solución de los problemas reproductivos que derivan de la esterilidad o infertilidad humana en caso de que no existan otros métodos terapéuticos eficaces. Esta “discriminación”, se sostiene, está estrechamente ligada con la prohibición de efectuar diagnósticos pre-implantación y de “suprimir” embriones, para tutelar la salud y el desarrollo de los mismos. Se sostiene que de esta forma se obliga a las parejas con antecedentes de enfermedades genéticas transmisibles a recurrir al diagnóstico prenatal realizado durante el embarazo y el consecuente aborto en caso de detección de estas enfermedades en el embrión (ya que el aborto sí está “permitido” en Italia). Además del hecho de que ninguna técnica de fecundación extracorpórea es “curativa” (cfr. Cap. III de la obra), esta crítica tiene un **trasfondo netamente eugenésico**. 2) Si bien se permite la realización de estas técnicas en casos de uniones de hecho, se critica la prohibición de fecundación heteróloga, de fecundación de personas solteras, de parejas homosexuales, mujeres en edad avanzada o fecundaciones posteriores a la muerte de la pareja. Estas críticas pretenden fundarse en la legislación de otros países europeos, en los cuales el acceso a las técnicas es más amplio. Se sostiene entonces que Italia queda “aislada” del contexto de Europa, y que esta prohibición incentivaría el “turismo terapéutico” de italianos hacia otros países europeos. Estas críticas pasan por alto el **carácter de conyugalidad** que tiene la fecundación humana (cfr. Cap. III de la obra). 3) Los críticos de la ley sancionada señalan que la **excesividad del criterio restrictivo de la ley italiana respecto** de otros países europeos se observa sobre todo en la **prohibición de crioconservación** de los embriones y la **prohibición de su “producción” en número superior a tres**. Se sostiene que no debería existir un límite legal a la “fabricación” de embriones dado que el bajo porcentaje de embarazo por cada ciclo, el cual se reduce aún más por la tasa de abortos que se producen a consecuencia de estas técnicas. 4) Finalmente se critica que la ley 40/04, paradójicamente, proporciona una mayor tutela al embrión (“producto” de una fecundación artificial) que al feto (“producto” de un embarazo natural), situación que ha llevado a avanzar “erróneamente” –según la opinión de los críticos– en la hipótesis de abolición de la ley 194 sobre “interrupción voluntaria” del embarazo, o al menos en su reforma en términos más restrictivos. Así, esta corriente crítica de la ley 40/04 impulsa su modificación ampliatoria, mediante un *referendum*.

462

dictumediciones

#### 4.4.4.2.3. Modificaciones propuestas por el *referendum* italiano

Los *referendum*<sup>1029</sup> pretendían abrogar<sup>1030</sup> la prohibición actual

<sup>1029</sup> El *referendum* comprendía cuatro preguntas. La primera pregunta se refiere al acceso a las técnicas, previsto por la ley solamente para las parejas estériles, y la prohibición de producir más de tres embriones para evitar su congelamiento. La ley asegura los derechos de todos los sujetos implicados, comprendido el concebido, mientras que el referéndum propone cancelar este punto. Los asuntos en discusión en la tercera papeleta electoral son el congelamiento, la investigación en los embriones y la clonación terapéutica, prohibida por el texto aprobado por el Parlamento. Con la cuarta pregunta se propicia quitar la prohibición de la fecundación heteróloga, realizada con los espermatozoides de un hombre o el óvulo de una mujer que no provienen de los futuros padres. Cfr. Información obtenida de “Impegno Referendum”, en <http://www.impegnoreferendum.it/Extra/4Quesiti/20059212E.htm>. Traducción propia.

<sup>1030</sup> A continuación se transcriben los artículos de la ley 40/04, implicados en el referéndum. En **negrilla** se muestran las partes que los *referendum* 1 y 2 pretendían abrogar. En *italica*, las que el *referendum* 2 intenta cancelar, además de las que están en negrilla. En caracteres normales, finalmente, los párrafos que permanecerían intactos respecto del texto original de la ley, en el caso que prevaleciera el “sí” en la consulta.

##### CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

###### Art.1 Propósito

1. **A fin de favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana, se permite recurrir a la procreación médicamente asistida, en las condiciones y según las modalidades previstas en la presente ley, que asegura los derechos de todos los sujetos implicados, comprendido el (sujeto) concebido.**

1. **Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.**

2. **El recurso a la procreación médicamente asistida se permite siempre y cuando no existan otros métodos terapéuticos eficaces para remover las causas de esterilidad o infertilidad.**

2. **Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.**

##### CAPÍTULO II ACCESO A LAS TÉCNICAS

###### Art. 4 Acceso a las técnicas

1. **El recurso a las técnicas de procreación asistida se permite sólo cuando sea cierta la imposibilidad de remover de otra manera las causas impeditivas de la procreación y está circunscrito a los casos de esterilidad o de infertilidad inexplicables, documentados por acto médico, y no para los casos en los que solamente se acredite esterilidad o infertilidad certificada por acto médico.**

463

dictumediciones

1. **Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.**

2. Las técnicas de procreación médicamente asistida se aplican en base a los siguientes principios:

2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:

a) **gradualidad, con el fin de evitar el recurso a intervenciones que tengan un grado de invasión técnica y psicológica más gravosa para los destinatarios, inspirándose en el principio de la menor invasión;**

a) **gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;**

Art. 5 Requisitos subjetivos

1. **Permaneciendo firme lo establecido en el art. 4, inciso 1,** pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas compuestas por personas mayores de edad de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, siempre que ambos estén vivos.

Art. 5 Requisiti soggettivi

1. **Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1,** possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorennes di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Art. 6 Consentimiento informado

3. La voluntad de ambos sujetos de acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida debe expresarse por escrito conjuntamente frente al médico responsable..., dentro de los tres meses contados desde la fecha de entrada en vigor de la presente ley. Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica debe transcurrir un plazo no inferior a siete días. La voluntad puede ser revocada por cada uno de los sujetos indicados por el presente inciso **hasta el momento de la fecundación del óvulo.**

Art. 6 Consenso informato

3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma **fino al momento della fecondazione dell'ovulo.**

#### CAPÍTULO VI MEDIDAS PARA LA TUTELA DEL EMBRIÓN

ART. 13 Experimentación sobre los embriones humanos

1. Está prohibida toda experimentación sobre cualquier embrión humano.

2. La investigación clínica y experimental sobre los embriones humanos se permite a condición de que se persiga una finalidad exclusivamente terapéutica y de diagnósti-

de investigación sobre embriones, permitida exclusivamente con

cos **ligados a la tutela de la salud y al desarrollo del embrión, y en caso de que no haya disponibilidad de metodologías alternativas.**

3. Están, por lo tanto, vedadas:

c) las intervenciones **de clonación mediante transferencia del núcleo o** la división prematura del embrión o la octogénesis sea con fines procreativos o de investigación; **CAPO VI MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE**

ART. 13 Sperimentazione sugli embrioni umani

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche **ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.**

3. Sono, comunque, vietati:

c) interventi **di clonazione mediante trasferimento di nucleo o** di scissione precoce dell'embrione o di ectogénesis sia a fini procreativi sia de ricerca;

Art. 14 Límites en la aplicación de las técnicas sobre los embriones

1. Está prohibida la crioconservación y la supresión de embriones, permaneciendo firme todo lo previsto en la ley del 22 de mayo de 1978, N° 194 (Ley sobre la interrupción del embarazo 194/78, en <http://isd.olografix.org/faq/194.htm>. Traducción propia)

2. las técnicas de producción de los embriones, teniendo en cuenta la evolución técnico-científica y lo que está previsto en el artículo 7 inciso 3, no deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario **para una única y simultánea implantación, nunca superior a tres.**

3. En caso de que la transferencia al útero de los embriones no resulte posible **por graves y documentadas causas de fuerza mayor relativas al estado de salud de la mujer no previsibles al momento de la fecundación,** se permite la crioconservación de los embriones **hasta la fecha de la transferencia, a realizarse lo antes posible.**

ART. 14 Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni

1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario **ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.**

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile **per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione** è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi **fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.**

Nótese esta incongruencia. La ley 40, luego de prohibir enfáticamente la crioconservación (art. 14 inc. 1), a renglón seguido la consiente cuando luego de la fecundación la salud de la mujer imposibilita la transferencia (art. 14 inc. 3). Hemos explicado en el capítulo III de la obra que esta imposibilidad se dará en la mayoría de los casos, debido a la llamada "ventana de implantación".

**finalidad terapéutica para el propio embrión**, ligado a su salud y desarrollo y sujeto a la inexistencia de metodologías alternativas (art. 13, inc. 2). Con esta abrogación, se hubiera permitido la investigación “con fines terapéuticos para terceros”, como es el caso de la legislación española.

Asimismo, se pretendía la abrogación de la prohibición de las intervenciones **de clonación mediante transferencia del núcleo** (art. 13, inc. 3, c), sin distinguir el fin “reproductivo” o “terapéutico” -si bien hemos explicado anteriormente que esta distinción es eufemística<sup>1031</sup>, ya que toda clonación es “reproductiva”-. Al parecer, de prosperar la abrogación, hubiera subsistido la prohibición de clonación por fisión gemelar.

#### 4.4.4.2.4. Fracaso de los *referendum*

Consideramos que el abstencionismo del pueblo italiano frente al *referendum* –lo cual imposibilitó la reforma de la ley 40/04- se fundó en la injusticia de las técnicas de fertilización artificial y las violaciones a los derechos de las personas que éstas conllevan. De esta manera, el pueblo italiano ha frenado temporalmente el “efecto deslizamiento” que suele darse después de la autorización de las técnicas.

### 5. Costa Rica frente a la fecundación artificial

Costa Rica es un país grande, pese a no alcanzar los 52.000 km<sup>2</sup> de superficie y los 5.000.000 de habitantes. Su grandeza no reside en los indicadores demográficos o económicos, sino en la conciencia muy clara que tienen los costarricenses de su ser y su misión propios<sup>1032</sup>, y en la voluntad política y social de llevarlos adelante. Esto se advierte, en especial, al analizar el tema de la fecundación artificial extracorpórea, erigiéndose Costa Rica, a nuestro juicio, en modelo para América y para el mundo.

El 5 de marzo de 2000, después de cinco años de deliberaciones,

<sup>1031</sup> Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Sofismas...* *ibidem*.

<sup>1032</sup> Cfr. WEBER, Max, *Economía y Sociedad*. (México, 1977). Edit. Fondo de Cultura Económica.

la Sala Constitucional de Costa Rica<sup>1033</sup> declaró la inconstitucionalidad no sólo de un decreto nacional que permitía las técnicas de fecundación *in vitro*, sino también de la fecundación *in vitro* en sí<sup>1034</sup>, fundándose **en las mismas normas** que forman parte del ordenamiento jurídico argentino<sup>1035</sup>. Es decir que en nuestro país rige idéntica prohibición para el Estado, en virtud de los compromisos internacionales contraídos frente a los Estados partes de los diversos Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional por medio del art. 75 inc. 22.

Cabe aplaudir asimismo la firme voluntad política costarricense de no sancionar una legislación permisiva de las técnicas, pese a sufrir presiones internacionales<sup>1036</sup>. Costa Rica permanece incólume, fiel a su misión.

### 5.1. Acción de inconstitucionalidad (Sala Constitucional de Costa Rica)

El decreto ejecutivo N° 24029-S, elaborado conjuntamente por el Presidente de la República de Costa Rica y el Ministro de Salud, pretendía regular la práctica de la fecundación *in vitro* en el país. Mediante dicho decreto, publicado en el “Diario Oficial” el 3 de marzo de 1995, se había aprobado el denominado “Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida”, que autorizaban la Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria (FIVET) hasta un máximo de 6 óvulos fecundados (cfr. arts. 9 y 10). Además,

<sup>1033</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648.

<sup>1034</sup> Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad...* *ibidem*, pág. 20 ss.

<sup>1035</sup> En efecto, la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en las siguientes normas del derecho internacional: arts. 5 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 6, 7, y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos vigentes en Argentina en virtud de la reforma constitucional de 1994 (C.N. art. 75 inc. 22).

<sup>1036</sup> Cfr. *Costa Rica rechaza ley de fecundación in vitro*, (San José de Costa Rica, 15/06/11), ACI/EWTN Noticias, en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=33809> Último acceso 29/10/11.

este decreto permitía la fecundación artificial heteróloga (cfr. arts. 5 y 6).

El 7 de abril de 1995 Hermes NAVARRO DEL VALLE presentó una acción de inconstitucionalidad contra el mencionado decreto y contra la fecundación *in vitro* en general, por violar los derechos y garantías individuales, afectando así los de la colectividad de la sociedad costarricense. El argumento utilizado fue que la Constitución de Costa Rica establece que la vida humana es inviolable (art. 21), lo cual implica una protección completa de dicho derecho; por tanto, la tutela debe iniciarse desde el momento en que la vida humana comienza. El actor se consideró legitimado para demandar, dado que la defensa del derecho a la vida de los *nasciturus*, es un derecho de incidencia colectiva; y la ley de la jurisdicción constitucional costarricense (art. 75, 2º párrafo), otorga a todo ciudadano tal legitimación. El peticionante se basó, además, en lo prescripto por diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, receptados por su país, a saber: la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4 y 1, inc. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1) y la Convención de los Derechos del Niño (Preámbulo y art. 6). En base a dichos Tratados y legislación inferior y comparada, el actor concluyó que la protección jurídica de la vida humana comienza con la concepción, término jurídico equivalente a la fecundación o fertilización, en el campo biomédico -en definitiva a la penetración del espermatozoide en el óvulo humano-. Por último sostuvo que los procedimientos de fecundación *in vitro* son técnicas exclusivamente mercantiles, porque no curan la infertilidad; además, por su gran imperfección, causan la muerte de muchos seres humanos recién concebidos, para lograr cada nacimiento, y estas manipulaciones y muertes no se compadecen con el carácter “inviolable” de la vida humana, conforme la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Corrida la vista pertinente a la Procuraduría General de la República, ésta en un extenso informe, consideró admisible la acción, tanto en lo formal -por estar en presencia de un claro interés difuso-, como en lo sustancial, pues está constitucionalmente

prohibido en Costa Rica que el Poder Ejecutivo reglamente -en vía original y primaria-, el derecho a la vida y a la dignidad humanas. Más allá de la suficiencia de este argumento para fundar la inconstitucionalidad, el Procurador ingresó en otras consideraciones, concluyendo en función de la Convención Americana de Derechos Humanos, que “no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida” (punto 4)<sup>1037</sup>. Luego se tomó una audiencia, donde los Magistrados pudieron oír a representantes del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense de Seguridad Social, el Colegio de Médicos y Cirujanos y el Instituto Costarricense de Infertilidad, a fin de evacuar sus dudas sobre aspectos técnicos y científicos de la fecundación *in vitro*.

Finalmente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el día 15 de marzo de 2000 dictó la resolución N° 2000-02306<sup>1038</sup> donde, con el voto favorable de 5 Magistrados y el negativo de 2, resolvió anular por inconstitucional el decreto ejecutivo N° 24029-S, con retroactividad a la fecha de su vigencia, y sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe<sup>1039</sup>. Asimismo declaró la inconstitucionalidad de la fecundación *in vitro* en sí<sup>1040</sup>.

Los fundamentos del resuelto pueden resumirse de la siguiente manera: a) Principio de reserva de ley: solamente mediante ley formal es posible restringir los derechos y libertades fundamentales, y en la medida en que la naturaleza de éstos lo permita; b) Derecho a la vida y dignidad del ser humano desde la concepción<sup>1041</sup>;

<sup>1037</sup> Cfr. SCALA, Jorge, Una sentencia ética sobre “bioética”... ibídem.

<sup>1038</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648.

<sup>1039</sup> Cfr. SCALA, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana... ibídem.

<sup>1040</sup> Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad... ibídem.

<sup>1041</sup> La protección del derecho a la vida y, sobre todo, a la vida de los seres indefensos surge claramente del derecho positivo local, así como de varias convenciones internacionales suscriptas por Costa Rica. La legislación de aquel país declara el comien-

c) De la protección de la vida humana deriva la inconstitucionalidad de la fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria<sup>1042</sup>; d) El derecho a la vida excluye cualquier aplicación de la fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria, aunque fuera regulada por ley<sup>1043</sup>.

Y es que, “para cualquiera que considere al embrión como persona humana, le resulta evidente la definitiva ilegitimidad e injusticia intrínseca, de toda técnica de fecundación artificial. Así lo entendió la sentencia de marras, con evidente y genuino acierto ético”<sup>1044</sup>.

zo de la existencia de la persona física desde la concepción (cfr. art. 31 del Código Civil de Costa Rica). Todas las normas “imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia” (cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. VII).

<sup>1042</sup> El Tribunal manifiesta expresamente que la técnica FIVET en su estado actual de aplicación atenta contra la vida humana inocente: “La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos... Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. IX.

<sup>1043</sup> Destacamos el siguiente párrafo del fallo de Costa Rica: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte” (cfr. pto. VIII). Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. VIII.

<sup>1044</sup> Cfr. SCALA, Jorge, Una sentencia ética sobre “bioética”... *ibidem*.

## 5.2. Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como consecuencia de este fallo, “la única clínica de fecundación artificial que existía en Costa Rica fue cerrada luego de esta sentencia; sus propietarios recurrieron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intentando revertir la sentencia que les fue desfavorable, sin lograrlo”<sup>1045</sup>. En efecto, el 19 de enero de 2001<sup>1046</sup>, el Sr. Gerardo TREJOS SALAS presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra la República de Costa Rica, en la que alega la responsabilidad internacional del Estado costarricense por la sentencia aquí analizada, por violarse presuntamente derechos humanos<sup>1047</sup> a diversos pacientes de los doctores Gerardo ESCALANTE LÓPEZ y Della RIBAS, y contra las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad<sup>1048</sup>.

El 18 de julio de 2001 el Gobierno envió nuevas observaciones

<sup>1045</sup> SCALA, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad... *ibidem*.

<sup>1046</sup> Por otra parte, la Comisión recibió varias peticiones más, presentadas en nombre de otras presuntas víctimas desde diciembre de 2004 hasta mayo de 2007, contra el Estado de Costa Rica, en relación con la alegada violación a los derechos humanos que se originó con la sentencia que analizamos. Conforme a lo dispuesto por el artículo 29.d del Reglamento de la CIDH, las peticiones fueron acumuladas el 11 de marzo de 2009 a peticiones que versan sobre hechos y alegaciones similares. Igualmente fue acumulada la petición 545-07 el 22 de abril de 2010. La Comisión concluye en el informe N° 156/10 que la petición N° 1368 -a la cual las demás fueron acumuladas- es admisible, a la luz de los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Por lo tanto, decide notificar la decisión a las partes y continuar con el análisis de fondo. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 156/10. Petición N° 1368-04. Admisibilidad. Daniel Gerardo Gómez y otros. Costa Rica, 01/11/10, en [www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc)

<sup>1047</sup> En especial, artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11(2), 17, 24, 25, 26 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 3, 10 y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), y los artículos 1 y 7(h) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (“Convención de Belém do Pará”).

<sup>1048</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. N° 70.

sobre el caso, alegando que la petición de autos no debería ser admitida por no existir víctimas individualizadas y asimismo por falta de legitimación *ad causam* de las víctimas que habían sido individualizadas, es decir, las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad. Estas informaciones fueron transmitidas al peticionario el 23 de julio de 2001<sup>1049</sup>.

La Comisión Interamericana se expidió el 11 de marzo de 2004 sobre la admisibilidad del caso<sup>1050</sup>, sin producir un informe de mérito<sup>1051</sup>.

<sup>1049</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. N° 70.

<sup>1050</sup> El 11 de marzo de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide: 1. Declarar admisible la denuncia en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 1: obligación de respetar los derechos, 2: deber de adoptar disposiciones de derecho interno, 11: protección de la honra y de la dignidad, 17: protección a la familia y 24: igualdad ante la ley). 2. Declarar inadmisibles la presente denuncia en cuanto a las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, por carecer la Comisión de competencia *ratione personae* para analizar una petición presentada por una persona jurídica, ya que éstas están excluidas de los sujetos a los cuales la Convención otorga protección. 3. Declarar inadmisibles la presente denuncia en cuanto a los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), 26 (desarrollo progresivo) y 32 (correlación entre deberes y derechos) de la Convención Americana, los artículos 3 (obligación de no discriminación), 10 (derecho a la salud) y 15 (derecho a la constitución y protección de la familia) del Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el 18° período ordinario de sesiones de la Asamblea General, <http://www.cidh.org/Basicos/basicos4.htm>) y los artículos 1 (definición de violencia contra la mujer) y 7 inc. h (condena de todas las formas de violencia contra la mujer y obligación de adopción de disposiciones necesarias para hacer efectiva la Convención) de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará), adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el 24° período ordinario de sesiones de la Asamblea General, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>). Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>.

<sup>1051</sup> La resolución establece en el punto 70 los fundamentos de este decisorio: "El peticionario no ha proporcionado un fundamento fáctico o jurídico que demuestre

El 23 de agosto de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) notificó al Estado de Costa Rica, el informe preliminar No. 85/10 (del 14/07/10) del Caso 12.361, en el que se estableció que la decisión N° 2306 de 2000 de la Corte Constitucional, violó el derecho a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada, el derecho a fundar una familia, y el derecho a la igualdad de las mujeres. En ese momento se otorgó al Estado costarricense un plazo que concluía a finales de noviembre de 2010 para entregar una respuesta satisfactoria ante la CIDH; cuando dicho plazo se aproximaba, el Estado de Costa Rica solicitó una prórroga, que se extendió hasta finales de febrero de 2011, y luego el Consejo de Gobierno continuó solicitando prórrogas del plazo<sup>1052</sup>.

### 5.3. Proyecto de ley permisivo de la fecundación artificial

Para cumplir con el requerimiento de la Comisión Interamericana, el Poder Ejecutivo costarricense presentó ante la Asamblea Legislativa un proyecto de ley (expediente 17.900 Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria) permisivo de las técnicas, aunque en forma restrictiva. Inicialmente el proyecto fue asignado a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, sin embargo debido a que no hubo avances en su discusión, se creó

cómo los hechos denunciados han afectado los derechos de las víctimas adultas individualizadas protegidos por los artículos 4 y 32 de la Convención Americana; ni ha proporcionado suficientes fundamentos para que se hayan caracterizado violaciones a los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana, o al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Las alegaciones hechas en relación con el Protocolo de San Salvador pudieran ser tomadas en consideración al interpretar las obligaciones del Estado conforme al artículo 26 de la Convención Americana, en la medida en que fuera pertinente al revisar el fondo del asunto, pero los artículos invocados del protocolo no son directamente justiciables bajo el sistema de peticiones individuales". COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. N° 70. Último acceso 29/10/11.

<sup>1052</sup> Cfr. Gobierno descarta aprobar a tiempo plan de fecundación, (San José de Costa Rica, 30/03/11), en <http://www.nacion.com/2011-03-30/EIPais/NotasSecundarias/EIPais2730888.aspx> Último acceso 29/10/11.

una Comisión Especial para el análisis del expediente<sup>1053</sup>. Esta Comisión, integrada por 11 diputados, se conformó el 28 de febrero de 2011 y se estableció el 28 de marzo del mismo año como plazo límite para dictaminar sobre el proyecto. Sesionó 7 veces en un mes, sesiones en las cuales se presentaron más de ciento cincuenta mociones, incluyendo siete textos sustitutivos. A las 23:30 horas del 28 de marzo, la Comisión Especial sometió a votación el proyecto en discusión, sin haber realizado ninguna modificación al texto presentado por el Poder Ejecutivo, emitiéndose un dictamen negativo por mayoría (8 diputados).

A mediados de junio de 2011 y tras una apretada votación de 26 votos a favor y 25 en contra en la cámara de diputados, los legisladores de Costa Rica decidieron archivar el proyecto de ley, debido a una serie de inconsistencias en la pretendida norma. El diario costarricense La Nación<sup>1054</sup> señaló que, con esa decisión, “el gobierno de Costa Rica no cederá ante las presiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha coaccionado a esta nación centroamericana para que permita la fertilización *in vitro*”.

#### 5.4. Presiones internacionales a favor de la sanción de una ley permisiva

La agencia AFP informó el 30 de junio que “El gobierno costarricense se halla bajo presión de la CIDH, un organismo de la Organización de Estados Americanos (OEA), que le exige aprobar una ley que autorice la aplicación de la técnica “*in vitro*”, actualmente prohibida por una resolución de la máxima corte constitucional. De no aprobarse dicha legislación antes del 31 de julio próximo, la CIDH acusaría al Estado costarricense ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el país se expondría a una condena”<sup>1055</sup>. Esas presiones se hicieron sentir en todos los

474

dictumediciones

<sup>1053</sup> Cfr. Diputados integran foro para plan de fertilización in vitro, (San José de Costa Rica, 25/02/11), en <http://www.nacion.com/2011-02-25/EIPais/NotasSecundarias/EIPais2695165.aspx> Último acceso 29/10/11; y <http://www.nacion.com/2011-02-28/EIPais/UltimaHora/EIPais2699535.aspx> Último acceso 10/05/11.

<sup>1054</sup> Cfr. Costa Rica rechaza ley de fecundación in vitro... ibidem.

<sup>1055</sup> Prohíben propaganda contra fecundación in vitro en Costa Rica, agencia AFP

ámbitos de la vida pública costarricense, al punto de que la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación de Costa Rica ordenó a la Radio católica Fides suspender una campaña publicitaria titulada “La fecundación in vitro atenta contra la vida”, por entender que violaba los derechos de los niños al hablar de muerte de embriones in vitro, ante lo cual se presentaron dos recursos de amparo para revertir la medida (uno, presentado por Radio Fides, y el otro por los padres de la niña “Sofi” de seis años, que participó en algunos cortos publicitarios suspendidos<sup>1056</sup>)<sup>1057</sup>.

#### 5.5. Costa Rica es enjuiciada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana es un órgano consultor cuyas recomendaciones no son vinculantes para los Estados. Pero, si un Estado no atiende una recomendación de la Comisión, ésta cuenta con la posibilidad de elevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene potestad de ordenar que el Estado indemnice a los afectados. Esto es lo que sucedió recientemente con el caso que comentamos. La Comisión Interamericana presentó ante la Corte la demanda contra Costa Rica el 1 de agosto de 2011, y el Estado fue notificado el 18 de octubre<sup>1058</sup>. Previamente el Estado costarricense había rechazado la posibilidad, dada por

(San José de Costa Rica, 30/06/2011), en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/prohiben-propaganda-contra-fecundacion-vitro-en-costa-rica-31641> Último acceso 29/10/11.

<sup>1056</sup> En uno de los cortos publicitarios se escucha a la pequeña que dice: “Hola. Soy Sofi, la tercera de tres hermanitos, y, aunque mis papitos me amen con todo su corazón, sé que para venir al mundo mis otros siete hermanitos murieron en un laboratorio”. Luego, una voz de adulto señala: “¿Quién tiene derecho a decidir sobre la vida de los otros? ¡La fecundación in vitro atenta contra la vida!”. Cfr. Costa Rica: Presentan amparos tras censura a campaña católica contra fecundación in vitro, (San José, 30/06/11), ACI/EWTN Noticias, en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=33809> Último acceso 29/10/11.

<sup>1057</sup> Costa Rica: Presentan amparos tras censura... ibidem.

<sup>1058</sup> Corte enjuiciará Costa Rica por prohibir fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 20/10/11), agencia AP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/internacional/corte-enjuiciara-costa-rica-por-prohibir-fecundacion-vitro-49477> Último acceso 29/10/11.

475

dictumediciones

la misma normativa a la que está sujeto, de autoacusarse<sup>1059</sup> ante la Corte, siendo así consecuente con su postura hasta las últimas consecuencias. Porque, como dijo CHURCHILL, “el precio de la grandeza es la responsabilidad”.

### 5.6. Otro Tribunal costarricense “abre la puerta” a la fecundación artificial, y se la cierran

Sin embargo, una sentencia de octubre de 2008, dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil, ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) a practicar la fecundación *in vitro* a una paciente de 48 años con problemas de infertilidad, a pesar de que esta técnica fue prohibida en el país en el 2000 por la Sala Constitucional<sup>1060</sup>. Autoridades de la CCSS presentaron un Recurso de Casación ante la Sala Primera, considerando que el fallo inducía a errores de interpretación jurídica, que en la práctica podrían producir violaciones efectivas a la Constitución Política de Costa Rica. Finalmente, la Sala Primera anuló el fallo el 18 de agosto de 2009, mediante el voto 09-465, quedando, de este modo, vigente el fallo de la Sala Constitucional del año 2000<sup>1061</sup>.

### 5.7. Conclusión

Decíamos al comienzo de este punto que un país grande es el que tiene clara su misión, y es consecuente con ella hasta las últimas consecuencias. De ello da esplendoroso ejemplo Costa Rica.

Hacemos votos para que nuestros legisladores, lejos de caer en

<sup>1059</sup> Costa Rica busca evitar pena internacional por veda a fecundación *in vitro*. (San José de Costa Rica, 22/06/11), agencia AFP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/costa-rica-busca-evitar-pena-internacional-por-veda-fecundacion-vitro-30444> Último acceso 29/10/11.

<sup>1060</sup> Cfr. Jueces abren puerta a fecundación “in vitro” en Costa Rica, prohibida en el 2000, (San José de Costa Rica, 15/10/08), agencia AFP, en [http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780\\_301155.html](http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780_301155.html) Último acceso 20/05/11.

<sup>1061</sup> Cfr. Sala Primera anula fallo sobre fecundación *in vitro*, (San José de Costa Rica, 19/08/09), en <http://costaricahoy.info/nacionales/sala-primera-anula-fallo-sobre-fecundacion-in-vitro/25079/> Último acceso 29/10/11.

un “servilismo legal”<sup>1062</sup> -actitud de pretender legitimar los hechos consumados y las situaciones causadas ofreciendo soluciones inaceptables desde el punto de vista ético y jurídico-, estén a la altura de la grandeza de la misión de la República Argentina.

### 6. Responsabilidad internacional del Estado Argentino

Un punto muy importante a considerar frente a proyectos de ley permisivos de la fecundación artificial extracorpórea, es la responsabilidad internacional que le cabe al Estado Argentino por haber firmado tratados de derechos humanos e incorporado los mismos a la Constitución Nacional (cfr. art. 75 inc. 22).

En efecto, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que este tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional. Por tanto, es deber de los Estados parte de organizar **todo el aparato gubernamental** y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>1063</sup>. En consecuencia corresponde respetar, interpretar y aplicar las normas constitucionales vigentes, declarando los jueces de oficio la inconstitucionalidad de las normas de jerarquía inferior que se opongan a las primeras. Y el no cumplimiento de esta obligación traerá aparejada la responsabilidad internacional del Estado Ar-

<sup>1062</sup> Expresión utilizada por la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO. Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma.

<sup>1063</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 11/90, párrafo 23. Cit. en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292. Cons. 15; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 7/86. Cit. en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Ekmedjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros s/recurso de hecho, 07/07/92, Fallos: 315:1492. Cons. 22.



gentino. Este incumplimiento se daría en forma omisiva -v. gr. con la tolerancia de las técnicas de fecundación extracorpórea-, o de acción -v. gr. con la sanción de leyes o decisiones judiciales que las avalen.

## 7. Conclusiones

1. La prohibición implícita de las técnicas de fecundación extracorpórea por el ordenamiento jurídico argentino conlleva que el recurso a las mismas constituye delito civil. Si bien ésta es suficiente para resolver casos judiciales, no parece ser conveniente ante el oscurecimiento de las conciencias de los argentinos, el relativismo imperante, y el trabajo constante de quienes integran el *lobby* anti-vida. Por tanto debe legislarse expresamente la prohibición de estas técnicas.

2. La legislación positiva a sancionarse no deberá prever todas las situaciones que puedan originarse. Basta con prohibir expresamente las técnicas y sentar los principios generales.

3. Consideramos un valioso aporte para los legisladores que quieran promover un proyecto prohibitivo de las técnicas, el proyecto de ley presentado en el Congreso de la Nación por el Senador AVELIN.

4. Los proyectos permisivos presentados violan el derecho argentino vigente.

## Capítulo VII

### CONCLUSIÓN

#### 1. Puntos demostrados en la obra

1. Los argumentos que pretenden fundar la licitud de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea en la existencia del “preembrión” son inconsistentes y tienen como fin desproteger al ser humano en el estadio inicial de su desarrollo, mediante el artilugio de denominarlo “preembrión” o bien utilizando el concepto de preembrión –aunque no se use expresamente esta palabra- lo cual implicaría trazar una línea divisoria en el desarrollo embrional fijada arbitrariamente el día 14 contado desde la fecundación, sosteniéndose un *status* jurídico diferente antes y después de ese día.

2. Todo ser humano tiene un comienzo, que es único y se produce en el momento mismo de la fecundación del óvulo por el espermatozoide<sup>1064</sup>. Ese ser vivo que ha comenzado a existir no puede ser más que humano, ya que el efecto se asemeja a la causa.

3. A partir de la fecundación el ser humano es persona, pues posee naturaleza racional.

4. El ser humano es digno por su ínsita perfección, su fin propio y su irrepetibilidad.

5. El hombre es social por naturaleza, y es el fundamento de lo social, ya que es anterior sustancialmente.

6. La irrepetibilidad del ser humano y su natural politicidad nos permiten concluir que, quien mata un ser humano mediante las técnicas de fecundación extracorpórea, priva a la sociedad de un

<sup>1064</sup> El ser vivo se caracteriza por tener un dinamismo unitario, que se ejerce en un cuerpo orgánico, actúa en razón de fines que le vienen dados y tiene una “forma” propia. Dado que, en el estudio de los primeros momentos del ser humano, ya sabemos que es humano -por la procedencia de los gametos-, lo que determina el **inicio de su vida** es el **dinamismo autónomo unitario**, la **presencia de un cuerpo orgánico** y la **finalidad natural de los dinamisismos** que pueden observarse. **En cuanto un óvulo es penetrado por un espermatozoide se dan las tres características aludidas.** Cfr. capítulos II y III de esta obra.

miembro destinado a cumplir en ella una misión única e irrepetible y por tanto afecta el bien común.

7. El hombre es un animal social, diferenciado en dos tipos según su especial y distintivo modo de pensar, sentir y comportarse. Esto implica complementariedad entre hombre y mujer en la procreación -esto es, unión física, psíquica y espiritual-, la cual no se da en la fecundación artificial extracorpórea.

8. No cualquier modo de dar origen a una persona humana es éticamente digno de ella. Un ser digno -como lo es la persona humana- merece un advenimiento digno. No lo es un advenimiento que se produce al margen de la naturaleza -en la cual radica su dignidad-. El embrión no sólo tiene derecho a nacer, sino también a tener un origen humano, conforme lo indica su naturaleza: por un acto sexual entre un hombre y una mujer.

9. Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son deshumanizantes. En ellas, el embrión es efecto de un "hacer" humano, y no de un "acto" de dos personas (unitivo y procreativo). Estas técnicas manipulan a la persona humana como si fuera una cosa, sometida a un proceso de tipo eminentemente técnico-instrumental, con disponibilidad total respecto del fin, dominio absoluto del técnico sobre el medio, control de calidad de los resultados, eficiencia cuantitativa como medida de la perfección del proceso.

10. No existe un "derecho al hijo". El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad, cosificación que subyace a la fecundación artificial extracorpórea. Tampoco existe el "derecho a procrear" sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación, sin sufrir interferencias injustas, siempre y cuando se den determinadas condiciones, entre ellas, que otra persona de sexo opuesto y en condiciones de engendrar, esté dispuesta a compartir tales deseos.

11. La fecundación artificial extracorpórea conlleva la muerte inevitable de innumerables embriones humanos<sup>1065</sup>. Éstas y otras

<sup>1065</sup> V. gr. por baja tasa de éxito de las técnicas; muerte de embriones por selección embrionaria, reducción embrionaria, congelamiento y descongelación, investigación sobre embriones sobrantes, descarte de embriones; mayores porcentajes de embarazo ectópico con recomendación de aborto por parte de los médicos que realizan las técnicas; mayor tasa de abortos espontáneos; etc. Cfr. cap. III.

razones aludidas a lo largo de la obra fundamentan el juicio moral negativo sobre ellas.

12. La solución al problema del recurso a las técnicas, además de la prohibición legislativa expresa de las técnicas, y la condena moral de éstas, reside en reintroducir en nuestra sociedad las preguntas fundamentales sobre el hombre y la educación de las conciencias.

13. Basados en el principio de subalternación de los saberes (que entiende subalternado el derecho a la ética, y ésta a la antropología -basada en la gnoseología-) y considerando que se puede hacer un juicio moral y jurídico en base al ser, concluimos que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son antijurídicas.

14. Aunque se discrepe sobre el fundamento de nuestra conclusión, se debe compartir ésta dado que, ante la duda, deberá estarse siempre a favor de considerar al embrión como un hombre y como persona, por el principio -que tiene diversas formulaciones- "*in dubio pro vita*"; "*in dubio pro homine*"; "*in dubio pro persona*".

15. La norma humano positiva puede obtenerse de dos maneras: 1) por deducción a partir de la ley natural; 2) por determinación, en aquello que la ley natural ha dejado indeterminado. La necesidad de prohibición de la fecundación artificial extracorpórea por parte de la ley positiva<sup>1066</sup> se da porque las técnicas contradicen la primera y básica tendencia de la ley natural a conservar el ser, y la tendencia a la convivencia social, sin dañar a los convivientes, afectan el bien común y violan los derechos fundamentales de la persona humana (en especial el primario bien de la vida, la dignidad y consecuente igualdad ante la ley).

16. El derecho argentino en sentido normativo es uno, en parte natural y en parte positivo, y además es jerárquico<sup>1067</sup>. La legisla-

<sup>1066</sup> La ley positiva no debe prohibir todo lo que prohíbe la ley natural. Pero la ley positiva tiene como función el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, que resultan violentados mediante las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Y por ende debe prohibirlas.

<sup>1067</sup> El derecho natural es algo propiamente jurídico -no sólo moral-, y es supralegal. Así, nuestra Constitución histórica reconoce al derecho natural como presupuesto de toda su normativa. Por otra parte, los derechos constitucionales que consagra nuestra Constitución en su "Parte Dogmática" y, desde la reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 22, tienen, en la jurisprudencia de la Corte Suprema un sentido mar-

ción positiva argentina no aborda expresa y específicamente el problema de la fecundación artificial extracorpórea.

17. De la consideración armónica del derecho (natural y positivo) argentino surge que desde la concepción existe una persona que tiene dignidad y derecho a la vida y que, en consecuencia, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea están implícitamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico.

18. Si bien los conceptos jurídicos de “persona” y de “derecho a la vida” no son indispensables para que un determinado ordenamiento jurídico proteja la vida humana con la intensidad que merece su dignidad, son conceptos útiles que permiten justificar dicha protección.

19. El término “persona”, en el ámbito jurídico, ha atravesado al menos tres etapas. La primera, en la que se lo utilizaba como sinónimo de “hombre”; la segunda, en que se entiende la persona como un término técnico-formal vinculado con lo patrimonial; y la tercera, que recupera el significado primero (todo hombre es persona) y considera la persona como la base del ordenamiento jurídico.

20. Según nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, los conceptos de “hombre”, “ser humano”, “persona” y “derecho a la vida” están esencialmente vinculados. Pretender su desvinculación esconde el propósito de desproteger jurídicamente la vida de ciertos seres humanos –los más débiles e indefensos- en función del beneficio económico o de otra índole de otras personas –las más fuertes-.

21. Aunque no se comparta nuestro criterio sobre las nociones jurídicas de hombre y persona –que es el que establecen los tratados de derechos humanos-, todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo, y,

cadamente “iusnaturalista” (cfr. cap. IV). La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que los principios generales del derecho internacional forman parte del derecho interno argentino. Entre estos principios, se han aplicado a esta obra los siguientes: principio *pro homine*, principio de progresividad o de no regresividad, principio *favor debilis*, principio de adopción de medidas internas. Es decir que Argentina no puede denunciar un tratado que reconoce el derecho humano a la vida, ni violarlo en su ordenamiento jurídico mediante el accionar de sus Poderes de Estado: políticas de Estado, leyes o sentencias judiciales.

ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio *in dubio pro homine*, reformulado de la siguiente manera: “*in dubio pro persona*”.

22. Con anterioridad a la Constitución de 1853, diversos documentos constitucionales y proyectos de Constitución dedicaron importantes previsiones al derecho a la vida. Esos documentos son derecho argentino vigente (cfr. Preámbulo C.N.: “en cumplimiento de Pactos preexistentes”). Por ésta razón y en virtud del art. 29 C.N., el derecho a la vida nunca fue un derecho constitucional no enumerado ni “implícito”. El derecho a la vida se encuentra asimismo reconocido en los tratados internacionales del art. 75 inc. 22 C.N..

23. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en reiteradas oportunidades que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la Constitución Nacional. Es decir que las leyes positivas no otorgan este derecho, sino que lo reconocen, por estar en la naturaleza de las cosas.

24. Nuestro derecho constitucional reconoce la existencia de la persona y protege su vida desde la concepción (cfr. condiciones de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la primera parte de la Constitución Nacional -cfr. art. 75 inc. 22 C.N.-).

25. Tanto en el campo médico como en el jurídico, los términos “concepción” y “fecundación” se utilizan en forma indistinta.

26. La protección jurídica de la vida desde la “concepción” implica su tutela desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, dentro o fuera del vientre materno. Sentado que a) todo ser humano concebido es persona humana, y como tal tiene derecho a la vida, con carácter de *ius cogens*; y que b) las normas de *ius cogens* son inderogables por convención, tienen primacía sobre el derecho constitucional e inferior interno, y, c) a la vez, por el principio de progresividad, su alcance jamás puede restringirse; se concluye que sería antijurídico sostener que la protección jurídica de la persona comienza en un momento posterior a la concepción (fecundación del óvulo por el espermatozoide), pues se violaría el derecho (positivo y natural) argentino.

27. Nuestro ordenamiento normativo positivo infraconstitucional reconoce como “persona” al ser humano desde el momento de la concepción. Esto resulta v.gr. del Código Civil, que califica de “persona por nacer” al ser humano desde la concepción (arts. 63 y 70).

28. La ley 26.061<sup>1068</sup> declara de “orden público” el derecho a la vida de toda persona desde su concepción. Esta declaración impide la pretendida aplicación del art. 19 C.N. como fundamento para la autorización legislativa o judicial de las técnicas de fecundación extracorpórea o su tolerancia de hecho por parte del Estado Argentino, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad a estos supuestos es la existencia de un “tercero” (la persona por nacer) que se vería ciertamente perjudicado por la utilización de estos procedimientos técnicos.

29. El art. 3 de la ley 26.061 declara: a) que se debe respetar la “condición de sujeto de derecho” que tiene todo niño y b) que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. En consecuencia, todo niño desde su concepción tiene –al igual que una persona adulta- “condición de sujeto de derecho” –es decir, personalidad-, aunque en su ejercicio sea considerado por la ley civil como incapaz de hecho.

30. En caso de considerarse que el deseo de ser padres a través del recurso a la fecundación artificial extracorpórea es un “derecho o interés legítimo”, no puede prevalecer frente a los derechos e “interés superior del niño”, entre ellos, su derecho a la dignidad y a la vida.

31. La prevalencia de los derechos del niño, entre los cuales se encuentra el derecho a ser oído, implicará su necesaria representación por personas distintas de sus padres cuando ellos pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio de la eliminación de embriones “sobrantes” concebidos extracorpóreamente no transferidos al seno materno, o bien ya transferidos y suprimidos

<sup>1068</sup> La ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño-, establece en el art. 2 que “Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

mediante abortos provocados (v. gr. por reducción embrionaria).

32. El empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea viola la dignidad humana de los embriones –reconocida por los tratados internacionales del 75 inc. 22 C.N. y que radica en el carácter espiritual del hombre (cfr. Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)-. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos -no vigente en Argentina- establece, sin caer en un reduccionismo, que el genoma humano es la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca del hombre, a la par que prohíbe toda forma de discriminación a causa del patrimonio genético.

33. El recurso a las técnicas de fecundación artificial extracorpórea vulnera los tratados internacionales que prohíben las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

34. El derecho constitucional a la identidad de los embriones fecundados por técnicas extracorpóreas es muy frecuentemente quebrantado.

35. De conformidad con los tratados del art. 75 inc. 22 C.N., no puede otorgarse a las personas concebidas extracorpóreamente un *status* jurídico diferente, sobre todo si es menos tuitivo de sus derechos respecto de las demás personas.

36. Desde un punto de vista estrictamente jurídico positivo, la tolerancia de los poderes del Estado frente a la utilización de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea implica la existencia -inconstitucional- de dos *status* jurídicos diferentes: a) el *status* de los que no tienen ningún derecho -los concebidos extracorpóreamente-; y b) el *status* de los que tienen “derecho” a manipular y matar personas impunemente y a su solo arbitrio -toda persona que recurra a las técnicas, y todo médico que las practique-.

37. No puede hacerse -desde un punto de vista jurídico- distinción entre “existencia legal” -que comenzaría con el nacimiento- y “existencia natural” -que comenzaría con la concepción- de la persona.

38. La indicación de los arts. 63 y 70 C.C. respecto del lugar donde se lleva a cabo la concepción -en el seno materno- se explica por el momento histórico en que el Código Civil fue redactado.

Debe hacerse extensivo el reconocimiento de la personalidad jurídica al concebido fuera del seno materno por técnicas de fecundación extracorpórea (cfr. principio de interpretación armónica de las normas; art. 51 C.C., entre otros).

39. El ordenamiento jurídico argentino establece una indiferencia respecto a la viabilidad de la persona por nacer. Por tanto, este criterio no puede utilizarse para seleccionar los embriones producidos extracorpóreamente más aptos para su transferencia al útero de la mujer (cfr. entre otros, art. 16 C.N.).

40. Las personas por nacer son incapaces. Sus representantes necesarios –sus padres-, en los supuestos de fecundación artificial extracorpórea- generalmente tendrán intereses contrapuestos con ellas (v. gr. cuando haya embriones “sobrantes” o “no aptos para la transferencia”, es decir, defectuosos, enfermos, etc.). Estos conflictos de intereses implican un peligro de daño concreto para el representado (v. gr. cuando se decide congelar a estos embriones, o directamente eliminarlos), por lo cual corresponderá que el Estado les procure un curador, más allá de la tutela de sus derechos que ejerce a través del Ministerio de Menores.

41. En el derecho argentino existe una nítida distinción entre las cosas y las personas. El embrión fecundado extracorpóreamente es tratado –por quienes recurren y quienes realizan las técnicas de fecundación extracorpórea- como una cosa que está en el comercio. Al reconocer al embrión su condición de persona humana, resulta evidente la injusticia intrínseca de toda técnica de fecundación artificial extracorpórea.

42. Los contratos de fecundación artificial extracorpórea y todos los actos complementarios y vinculados con ella (selección embrionaria, congelamiento y descarte de embriones, entre otros), además de violar nuestro ordenamiento jurídico constitucional –en tanto establece el derecho a la vida desde la concepción, la dignidad de toda persona, el interés superior del niño, la no discriminación por ningún motivo injusto y la igualdad ante la ley, entre otros derechos-, son ilícitos y quedan comprendidos en la sanción de nulidad establecida por el art. 953 C.C.. Estos actos nulos de nulidad absoluta e insanable deben ser declarados tales de oficio por los jueces. Así, en los casos en que se demanda ante

la justicia a las obras sociales y prepagas para que otorguen cobertura gratuita de estas técnicas, los jueces deberán no sólo rechazar la demanda sino también declarar de oficio la nulidad del contrato que vincula a los clientes con los centros de fertilidad, lo cual los priva de todo efecto jurídico.

43. Dentro de los actos de objeto ilícito que conllevan estas técnicas, ostenta especial gravedad el congelamiento de los embriones, porque implica detener artificialmente su desarrollo, darles un trato inhumano y exponerlos a riesgo cierto de daños a su salud y muerte.

44. Esta técnica, íntimamente ligada a la fecundación artificial extracorpórea, viola la dignidad humana y la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 6 inc. 2, en tanto establece que “los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”, ya que precisamente con el congelamiento de los embriones se interrumpe su desarrollo y se pone seriamente en riesgo su supervivencia.

45. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su art. 7 los tratos crueles o inhumanos, entre los cuales cabe contar la congelación de embriones: “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Este consentimiento al que alude el art. 7 no puede ser suplido por el del representante del incapaz –sus padres- por tener intereses contrapuestos con los de sus hijos, y además, en general, no puede ser suplido por ningún tipo de representación, ya que se trata de un acto intrínsecamente injusto.

46. Por otra parte, la tolerancia por parte del Estado Argentino de la realización de estas técnicas de congelamiento o hasta la instigación por parte de autoridades estatales a cometer estas violaciones a los derechos de los embriones (v. gr. los jueces que ordenan la cobertura por parte de las obras sociales y prepagas de diversas técnicas de fecundación extracorpórea, incluyendo la crioconservación de los embriones sobrantes) está en abierta contradicción con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

47. Además, la congelación de embriones en sí misma supone exponerles a graves riesgos de muerte o daño, privarles de la aco-

gida materna y dejarles en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones, todo lo cual contraría el requisito de atender fundamentalmente “el interés superior del niño” (art. 18 inc. 1 Convención sobre los Derechos del Niño).

48. Frente a los embriones que se encuentran crioconservados en la actualidad, son inaceptables las propuestas de utilizarlos vivos para investigación o para usos terapéuticos; la propuesta de descongelarlos y, sin reactivarlos, utilizarlos para la investigación como si fueran simples cadáveres; la propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como “terapia” de infertilidad y la “adopción prenatal”.

49. La muerte del embrión *in vitro* se produce con la pérdida irreversible de la capacidad de funcionamiento armónico y coordinado como unidad. Sólo la constatación de la apoptosis de todos los blastómeros (lo cual impediría la utilización de algunos de ellos vivos para investigación), da la certeza de la muerte del embrión.

50. No se puede disponer del cadáver embrionario (cadáver de un niño, según nuestra C.N.) para investigación o con fines terapéuticos para terceros.

51. Mientras la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la existencia de la persona humana desde su concepción y le otorga la debida protección jurídica, algunos fallos de Tribunales inferiores han autorizado prácticas abortivas en diversas circunstancias. Respecto de los embriones concebidos extracorpóreamente, los primeros fallos analizados reconocen la existencia de la persona humana desde el momento mismo de la concepción, incluso fuera del seno materno y consecuentemente afirman sus derechos. Los fallos siguientes -en los que se ordena la cobertura por parte de obras sociales y entidades que se les asimilan, de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea-, si bien no niegan -en sus considerandos- a los embriones concebidos extracorpóreamente el carácter de persona y sus derechos, sus resolutorios los desconocen y además no se condicen con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con el ordenamiento jurídico argentino vigente, resultando -a nuestro juicio- inconstitucionales.

52. Los argumentos más utilizados por los jueces para no hacer lugar a la cobertura de las técnicas de fecundación artificial son los siguientes: la existencia de un “otro” cuyos derechos no pueden vulnerarse (principio *alterum non laedere*), la “cosificación” del niño por nacer, subyacente a las técnicas, la manifiesta nulidad de las técnicas, cuyos actos son de objeto ilícito (cfr. art. 953 C.C.); la distribución solidaria y equitativa de recursos escasos -sustento del sistema de obras sociales-, que puede verse afectado ante el elevado costo de las técnicas, en detrimento del derecho que le asiste al universo de los afiliados.

53. En autos P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias la sala J de la CÁMARA NACIONAL CIVIL confirmó la sentencia del *a quo* que autoriza a una mujer a que se le transfieran los cinco embriones congelados “depositados” en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), de los cuales dice ser madre, pese a la oposición de su ex marido. Si bien el argumento central del Tribunal para hacer lugar al pedido de la actora se basa en la teoría de los propios actos del progenitor, en tanto el mismo manifestó su “voluntad procreacional” al entregar su esperma al IFER, así como al prestar su consentimiento informado por el cual acordó un programa de congelamiento de los embriones “fabricados” con su esperma, consideramos que el fundamento más importante del fallo radica en el carácter de persona de los embriones congelados.

54. Por indicación de los médicos tratantes, la amparista *in re* L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo, solicita, al promover demanda, se ordene a la obra social demandada “cobertura del 100% a la titular y su cónyuge, de una prestación de Fertilización In Vitro (FIV) por técnica ICSI con ovodonación, hasta producirse el embarazo”. Con base en el derecho a la salud, la *a quo* acogió la demanda en todas sus partes. Apelado el fallo, la Sala IV de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES revoca la sentencia recurriendo al principio *alterum non laedere* reconociendo en el embrión *in vitro* un “otro” cuyos derechos deben ser tutelados.

55. En las actuaciones Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, inicia-

das con el objeto de dar protección a un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas a raíz de prácticas de congelamiento de personas por nacer, el Juez interviniente resolvió disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, sea puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular; ordenar se notifique a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades reseñadas; hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto de que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las prácticas médicas de fertilización asistida. Ante la apelación interpuesta, el Tribunal de Alzada establece que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior. De esta forma considera incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico aquellas teorías que sólo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su concepción.

56. Respecto de la personalidad de los “ovocitos pronucleados”, el Tribunal no se pronuncia, pero aplica el principio *in dubio pro homine*, sin citarlo expresamente. El Asesor de Menores interviniente les reconoce personalidad.

57. Tanto el fallo de primera instancia como el del Tribunal reconocen la inviolabilidad de cada vida humana desde la concep-

ción hasta la muerte natural, la vida humana como bien jurídico y el carácter de sujeto de derecho, en nuestro ordenamiento jurídico –en especial el constitucional, penal, civil y administrativo–, de la persona por nacer.

58. El fallo ordena un censo de embriones no implantados, prohíbe su destrucción o experimentación sobre los mismos, y sujeta todo acto de disposición respecto de los mismos a la autorización previa del juez de la causa.

59. Por la índole de los derechos involucrados, la información para el censo exigía ser recabada bajo juramento y luego registrada y archivada, con clave de acceso restringido. El censo debía versar, según el resolutorio del Tribunal, sobre la individualización de los embriones y sus progenitores, instituciones y profesionales intervinientes, y todo otro dato que resultase de interés para la causa. Además consideramos que debería haberse consignado: a) si ha fallecido alguno de los progenitores o ambos; b) si se han divorciado o separado de hecho; c) si se han desentendido de ellos; d) si otros familiares se han interesado al respecto; e) el tiempo de crioconservación de los embriones a fin de que, en caso de que se implanten estos embriones, la selección de los mismos se haga por su antigüedad y no por su mal llamada viabilidad, etc..

60. La información del censo referida a los bancos de gametos existentes y sus “dadores” debe relacionarse con el objetivo del censo, que es la individualización de los embriones **existentes** (utiliza la parte dispositiva del fallo dos veces la palabra “individualización”, referida a los embriones) y de sus progenitores (que son los dadores de los gametos), ya que el Tribunal sólo hace saber al Poder Legislativo la imperiosa necesidad de una legislación sobre el tema, sin pronunciarse expresamente sobre su permisividad o prohibición respecto de la continuidad en la aplicación de las técnicas -en especial heterólogas.

61. La efectividad de la acertada medida dispuesta por la resolución, hubiese quedado asegurada por el principio de responsabilidad civil de los profesionales implicados y por la sanción penal correspondiente al delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. Sin embargo, ante el incumplimiento de la orden judi-

cial<sup>1069</sup>, se implementó otro mecanismo legal para asegurar que se llevase a cabo: el tutor especial<sup>1070</sup>.

62. Del reconocimiento que hace el Tribunal de la condición de persona y la dignidad de los embriones producidos extracorpóreamente, deducimos que el Tribunal tiene una postura contraria a la posibilidad de permitir legalmente el recurso a las técnicas de fecundación extracorpórea.

63. No surge del fallo la posibilidad de dar en adopción los embriones congelados.

64. La relevancia y trascendencia de los derechos en cuestión tornaron posible permitir en el caso bajo análisis la legitimación activa de un particular ajeno a las prácticas médicas desarrolladas sobre los embriones, admitiéndolo como un interesado difuso.

65. En cuanto al punto 7º del resolutorio, que hace saber la imperiosa necesidad de una legislación sobre la materia, consideramos que es la comunicación de una opinión, pero que la decisión prudencial sobre legislar o no corresponde al Poder Legislativo, y no puede exigírsele “jurídicamente”. En caso de que se dicte la legislación que el resolutorio considera de “imperiosa necesidad”, la misma deberá ser conforme con las normas constitucionales vigentes –al decir del mismo Tribunal-, y por tanto esta respuesta legislativa no puede ser otra que la prohibición de la utilización de las técnicas en Argentina. Esto surge también de una lectura atenta del fallo de primera y segunda instancia.

66. Celebramos el dictado del primer fallo en el fuero federal que rechaza la cobertura por parte de una obra social de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, in re R., N.F. - O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo. Los actores alegaban como fundamento de su pretensión, su derecho a la salud, que debería ser garantizado por la autoridad pública mediante acciones positivas para que la amparista “logre un embarazo”. Implícitamente afirman que el derecho a la salud les otorga el

<sup>1069</sup> Finalmente los Centros informaron la existencia de aproximadamente 12.000 embriones congelados, cuyo número varía constantemente.

<sup>1070</sup> Se trata de una tutela especial (art. 397 C.C.) y no de una tutela dativa, ya que los embriones tienen padres, quienes no han dimitido de la tutela ni han sido removidos de ella. Cfr. capítulo V.

“derecho a un embarazo”, es decir, a tener un hijo de modo artificial. Es decir que afirman también tener un “derecho al hijo”, cosificándolo. Expresiones tales como “derecho a la salud reproductiva”, “derecho a procrear”, “derecho al hijo”, “derecho a disfrutar del progreso científico”, son harto frecuentes en los fallos que abordan los planteos de pedido de cobertura de las técnicas de fecundación artificial, y evidencian un nuevo paradigma de la salud, que subordina los derechos individuales a los derechos económicos y sociales, de modo que el derecho a la vida del ser humano queda condicionado a su utilidad social. En efecto, las técnicas cuya cobertura se pide a la obra social demandada, fundadas en el “derecho a la salud” de los actores, están íntimamente ligadas al concepto de utilidad social sostenido por este paradigma, que conlleva la “selección embrionaria”, el “descarte de embriones”, la existencia de “embriones sobrantes”, “embriones inviables” (léase: enfermos). Sólo se permitirá nacer a los más aptos, a los que puedan llevar “una vida social y económicamente productiva”.

67. Habiendo admitido el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la vida y a la salud de los embriones a producir mediante las técnicas de fecundación artificial cuya cobertura se solicita, considera el Dr. RABBI BALDI que la tarea del Tribunal tiene por objeto dilucidar si aquellas garantizan los “contenidos esenciales” de todos los bienes jurídicos, ya que si ello no ocurre, la acción no resulta procedente. Analizando luego los riesgos para la vida, salud y la cosificación de los embriones, que subyace a las técnicas, concluye que el modo -fecundación *in vitro*- como los actores solicitan que sea garantizado su derecho a la salud y a la maternidad no debe recibir favorable acogimiento.

68. Los siguientes fallos analizados en el Capítulo V -en los que se ordena la cobertura por parte de obras sociales y entidades que se les asimilan, de diversas técnicas de fecundación artificial extracorpórea-, si bien reconocen la existencia de la persona humana desde la concepción, violan sus derechos inherentes y no se condicen sus partes dispositivas con el ordenamiento jurídico vigente en Argentina.

69. Las presentaciones judiciales - que en su mayoría tramitan



por vía de amparo, algunos de ellos conjuntamente con medidas cautelares-, alegan un supuesto “derecho humano a la procreación”. Por su parte las empresas, amparándose en el Plan Médico Obligatorio, que no incluye la cobertura de estas técnicas, exigen una regulación legal y fondos adicionales para la cobertura requerida. Los argumentos más frecuentes utilizados por los jueces para fundar sus sentencias son los siguientes: a) Afirmación de la existencia de un “derecho a la procreación”, por vía de reinterpretación del derecho a la salud (el concepto de “salud” que se utiliza es el elaborado por la Organización Mundial de la Salud); b) Afirmación de la autonomía absoluta del paciente, desconociendo el límite constitucional del art. 19 C.N., a saber: daño a terceros, orden público, moral y buenas costumbres.

70. Algunos de estos fallos ordenan la cobertura solicitada pero con ciertos límites referidos a la edad de la mujer o a la cantidad de ciclos o intentos. Otros, por el contrario, han declarado de oficio la inconstitucionalidad de la reglamentación de la ley N° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires precisamente porque limita la cobertura de las técnicas a una franja etaria de la mujer. Esta línea jurisprudencial confirma lo que nos enseña la legislación comparada: abrir la puerta a estas técnicas mediante su autorización implica el avance vertiginoso hacia injusticias y violaciones de la dignidad humana y derechos fundamentales cada vez más pronunciadas.

71. Las resoluciones judiciales que establecen la obligación de cobertura total e integral de las técnicas, en la mayoría de los casos implican la selección eugenésica de embriones e incluyen la orden expresa de congelamiento de los embriones “sobrantes”, obligando al Estado -e indirectamente a los contribuyentes argentinos- a paliar los gastos de conservación “en frío” de estas personas por nacer. Además, gran parte de las sentencias autorizan la donación anónima de gametos, lo cual implica la violación del derecho a la identidad del niño que nazca como producto de las técnicas, desconociendo así abiertamente lo establecido por los tratados de derechos humanos. Otros fallos conllevan la autorización de la maternidad subrogada.

72. Consideramos que esta judicialización del tema es posible-

mente una estrategia de los centros de fertilidad que realizan estas técnicas, para presionar en la sanción de una ley favorable a las mismas. Pero el derecho a la vida es un derecho natural y como tal no puede ni debe ser objeto de presiones, negociaciones o de consensos cívicos o ideológicos.

73. En M.P.E. y Otro c/ Ministerio de Salud-IOMA s/ amparo, la Cámara confirma el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda, fundándose en el derecho a la salud -y su derivado derecho a procrear-, siendo el mismo de carácter personalísimo, debiendo ser preservado y hecho efectivo por parte del Estado, en este caso el provincial, a través de sus instituciones. Sin embargo, el presunto “derecho a procrear”<sup>1071</sup> no se encuentra reconocido por ningún tratado del art. 75 inc. 22 de la C.N. y tal como lo interpreta el Tribunal, viola los derechos constitucionales a la vida, dignidad y no discriminación de los embriones, y el art. 12 inc. 2 a) del PIDESC<sup>1072</sup>.

74. La sentencia evidencia una concepción que condiciona el derecho a la vida de las personas a su utilidad social. Así, la sentencia ordena la cobertura de técnicas que conllevan “selección embrionaria”, “descarte de embriones”, existencia de “embriones sobrantes”, “embriones inviábiles” (es decir, enfermos). Sólo se permitirá nacer a los más aptos, a los que puedan llevar “una vida social y económicamente productiva”.

75. La sentencia reinterpreta la “cobertura médica de métodos conceptivos” -autorizada por ley- como “cobertura de técnicas artificiales de fecundación”<sup>1073</sup>.

76. El PIDESC no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura médica; basta -para cumplir la obligación establecida en

<sup>1071</sup> El “derecho a procrear” en el sentido al que alude el fallo es inexistente (cfr. capítulo V). El derecho a la salud -del cual pretende derivarse- debe ser reconocido por los Estados, y no construido ideológicamente.

<sup>1072</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

<sup>1073</sup> La técnica ICSI no es un método conceptivo a cuya cobertura por parte de las obras sociales obliguen las normas argentinas. Cabe distinguir entre la cobertura médica para paliar la infertilidad y la manipulación técnico-científica de la vida humana naciente. Tampoco es el ICSI un procedimiento médico terapéutico, ya que no cura sino que suplanta: sustituye el acto que naturalmente da origen a la vida por un acto técnico.

el Pacto- con que toda persona pueda acceder a servicios de salud, tal como lo ha dictaminado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado.

77. Dado que las normas establecen que los recursos del Instituto vencido en autos serán -ante un déficit eventual (muy probable, dados los altos costos de estas técnicas y la posibilidad de que estos fallos sigan multiplicándose)- los aportes de la Provincia, este fallo vulnera el mecanismo legal presupuestario, invadiendo el Poder Judicial las esferas de los otros dos poderes del Estado, ya que establece, mediante sentencia, una nueva erogación a cargo del Estado, no prevista presupuestariamente ni originada en su responsabilidad por su actividad.

78. A mayor abundamiento, el presente fallo podría ser tachado de irrazonable en tanto no pondera el posible desequilibrio en la previsión de recursos presupuestarios en materia de salud de la Obra Social demandada y, eventualmente, del Ministerio de Salud.

79. En caso de déficit de la Obra Social demandada, los gastos que irroguen estas técnicas recaerán sobre las espaldas del pueblo argentino -que solventa el gasto público mayormente mediante impuestos-. Dado que sólo los impuestos justos generan el deber moral de pagarlos, el gobernante carece de potestad legislativa para utilizar los impuestos de los contribuyentes para una finalidad que atenta gravemente contra el derecho a la vida de las personas por nacer. Por ello, sostenemos que este tipo de fallo podría abrir la puerta al planteo de la objeción de conciencia en materia tributaria.

80. En autos Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo se hace lugar a la demanda de cobertura del tratamiento de fecundación extracorpórea solicitado, fundándose el fallo en el inexistente derecho a procrear, que derivaría -por reinterpretación- del derecho a la salud reproductiva. A su vez, la salud reproductiva derivaría del derecho a la salud (del cual también se realiza una reinterpretación y ampliación, acorde con la conceptualización de la salud promovida por la Organización Mundial de la Salud).

81. Según el Tribunal, todo desmedro en la salud -entendida como un completo bienestar, no sólo físico sino también mental y social- deviene un derecho cuya cobertura queda a cargo del Estado. De esta afirmación del Tribunal derivan consecuencias impredecibles y utópicas.

82. Si bien la infertilidad no es una enfermedad sino su consecuencia, concordamos en que el Estado debe contribuir a su curación -entre otras razones, porque pensamos que el bien común se fortalece con familias numerosas y unidas-. Pero no pueden "paliarse las deficiencias que impiden la reproducción natural de las personas" a cualquier costo, con medios inconstitucionales, sacrificando vidas humanas.

83. La disidencia del Dr. CENTANARO en autos considera que la existencia del derecho a la salud reproductiva no se traduce necesariamente en una obligación de tipo prestacional a cargo de la Obra Social demandada.

84. El fallo viola los principios de subsidiariedad e igualdad del sistema de seguridad social, y la división de poderes propia de nuestro sistema republicano de gobierno.

85. En ... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo se condenó a dos obras sociales solidariamente a cubrir en un 100% todos los tratamientos de fertilización artificial extracorpórea necesarios a fin de permitir a la pareja promotora del amparo tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano nacido enfermo. Habiendo probables embriones restantes, el Tribunal ordena que se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos, decretándose una medida de no innovar respecto de ellos. El curador que se les nombre y el Ministerio Público deberán gestionar la inmediata cobertura por parte del Estado de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica autorizada.

86. El Dr. TAZZA equipara la demandada con una empresa de medicina prepaga, y en consecuencia la condena a la cobertura solicitada, sin explicar en qué norma se funda tal obligación.

87. El voto de TAZZA sostiene el derecho a la salud del niño discapacitado de autos a costa del derecho a la salud y vida de sus hermanos "producidos *in vitro*" y "congelados" *sine die*, mediante

la aplicación del pseudo-principio de beneficencia (a favor del hijo discapacitado de los amparistas).

88. El procedimiento autorizado por la Cámara necesariamente descarta embriones: enfermos e incluso sanos -por no ser histocompatibles con el niño nacido que padece la enfermedad-. El Dr. TAZZA se refiere a los embriones no histocompatibles, calificándolos de “restantes”, utilizando una terminología inadecuada y que no se condice con el “respeto hacia sus derechos humanos”, su “dignidad” y el “derecho de los embriones” –expresiones estas utilizadas por el mismo Camarista en otros párrafos de su voto-.

89. El mencionado descarte de embriones -se agravia el recurrente-, es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera su derecho a la vida. Para el Tribunal ello constituye un asunto que “no guarda un interés directo y concreto con las pretensiones que puede válidamente ostentar el Instituto”. Sin embargo existe en el caso un interés directo y concreto de IOMA, la cual, conforme a su ley de creación, tiene por objeto realizar todos los fines del Estado en materia médico asistencial, lo cual excluye necesariamente la selección de embriones y la crioconservación de los restantes -sanos o enfermos- mediante técnicas de fecundación artificial. Lo resuelto viola asimismo el objeto social de toda mutual en tanto estas técnicas no tienen por principal objeto el bien común sino que lo vulneran directamente al poner en riesgo vidas humanas.

90. El Dr. TAZZA funda su voto en el “interés superior del niño”, olvidando que de igual interés superior deberían gozar los embriones que se producirán *in vitro* e incluso aquellos de entre ellos que serán congelados *sine die*.

91. Nuestro derecho no hace acepción de personas, distinguiendo entre los nacidos y los nacidos “para” el bienestar de terceros. Y al no hacer acepción de personas, prohíbe la instrumentalización de unos respecto de otros.

92. El Camarista sostiene que lo resuelto en autos constituye “la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes”. Pero no todo lo técnicamente posible, lo es desde un punto de vista jurídico.

93. Si bien la Cámara reconoce la condición de persona de los embriones concebidos extracorpóreamente, pretende reconocerles menos protección jurídica que al resto de las personas.

94. El Tribunal ordena la crioconservación de los embriones sobrantes –a la cual considera una medida tendiente a su protección-. Sostenemos que la medida está destinada más bien a tranquilizar y adormecer las conciencias, ya que no es lo mismo seleccionar, matar, descartar, que “congelar” y pasarle el problema a otro. Asimismo dispone que los gastos de crioconservación de los embriones restantes sean sufragados por el Estado Nacional, es decir que serán cubiertos en su mayor parte con lo recaudado en concepto de impuestos. Cabría la posibilidad de la objeción de conciencia en materia tributaria ante esta resolución.

95. La Cámara ordena congelar los embriones sobrantes y condiciona su descongelación a que se sancione una legislación aplicable al caso. Esto implicará la muerte de varios de los embriones y quizá de todos ellos, si la ley no entra en vigencia antes de que se produzca su deceso por causa de este congelamiento *sine die*.

96. El Dr. FERRO utiliza argumentos eugenésicos para fundar su voto.

97. La técnica cuya cobertura se ordena en el fallo es “terapéutica” para el niño discapacitado nacido, y no para los que se concebirán extracorpóreamente.

98. Frente al “escozor” (*sic*) que el congelamiento de embriones ordenado en el fallo le produce al Dr. FERRO, sugiere la solución de la adopción prenatal, previa autorización judicial. Pero va más allá que el juez preopinante, ya que admite la “donación” con fines de investigación. La única solución justa hubiese sido evitar que el mal se produzca, prohibiendo en el caso la cobertura de estas técnicas por parte de la demandada.

99. Por todo lo expuesto, esta sentencia no se ajusta al derecho natural ni positivo argentino.

100. El caso R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo interesa por haberse limitado la cobertura de la técnica ICSI a cargo de la obra social demandada en autos, a cuatro intentos o ciclos que deben efectuarse con fecha límite de edad de la mujer en 42 años, y se prohíbe el congelamiento de embriones. Las limitaciones impuestas

por el fallo pretenden fundarse en cuestiones pragmáticas, evitando el “debate bioético y filosófico” (que en realidad no es simplemente de tal carácter, sino sobre todo jurídico, ya que el recurso a la técnica ICSI viola -como demostramos en los capítulos III y IV- diversos derechos constitucionales). Entendemos -leyendo armónicamente el fallo- que la orden de cobertura del tratamiento va acompañada de una prohibición implícita de producción de embriones en exceso respecto de los que serán implantados (ya que prohíbe el congelamiento de embriones), y prohibición de selección y descarte de embriones “restantes”.

101. En el caso S.A.F y A.H.A s/ amparo, la Dra. VALDEZ vota por la revocación de la sentencia que hace lugar al pedido de cobertura por la obra social demandada de la técnica ICSI, ya que ésta implica selección de embriones y descarte de los sobrantes, con lo cual se viola su derecho a la vida. La Camarista considera que todos los actos solicitados en la demanda son de objeto ilícito (art. 953 C.C.). Su voto se ajusta a derecho.

102. El juez SCHREGINGER, que -como tal- es parte de un poder público, ordena, autoriza y convalida un procedimiento que implica atentados contra la vida y dignidad de personas, procedimiento de objeto ilícito.

103. El voto de los Dres. SCHREGINGER y CEBEY considera la cuestión del descarte de embriones como si fuese una cuestión separable o posterior. Pero ello forma parte inescindiblemente del objeto de la prestación médica que se solicita. La técnica solicitada por los actores conlleva necesariamente la “crioconservación” de seres humanos. Estas “implicancias” derivadas de la utilización de las técnicas -de las que se desentiende el Dr. SCHREGINGER al afirmar que “resultan posteriores y ajenas al juicio”- no son sólo éticas -como asevera- sino jurídicas. Y no pueden ser ajenas al juicio, ya que el mismo fallo determinó que existieran esas “implicancias”, es decir, esas personas sobrantes a ser congeladas.

104. El Estado provincial, en este caso la Provincia de Buenos Aires, que está obligado a proteger la vida, no puede autorizar y ordenar -por medio de sus jueces- un procedimiento que en sí mismo es de objeto ilícito, como bien apunta la Dra. VALDEZ, porque -entre otras razones- se sabe que morirán personas. Por

lo expuesto, entiendo que el voto de los Dres. SCHREGINGER y CEBEY no se ajusta a derecho.

105. En autos P., M. E. y otros c/ Obsba, la Juez del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a una medida cautelar solicitada -en el marco de un amparo- por dos mujeres lesbianas para que la Obra Social de la Ciudad les otorgue cobertura de técnicas de fecundación extracorpórea ICSI para que puedan tener un hijo en común, con óvulos de una de ellas que, una vez fecundados con semen de un tercero donante, se implantarían en el útero de la otra. La vía elegida por las actoras es improcedente, pues la prestación de la técnica en cuestión no es una obligación que norma alguna haga recaer sobre la demandada, no se configura una manifiesta arbitrariedad en el obrar de la demandada y no existe un derecho a tener hijos -reduciéndolos así a la condición de cosas.

106. La sentencia autoriza la maternidad subrogada, que está implícitamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

107. La sentencia ordena expresamente la cobertura de una técnica artificial que logrará que el niño nazca sin un padre. La resolución viola diversos tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a nuestra Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22, al negar a los embriones que se producirán como consecuencia del fallo la posibilidad de crecer en el seno de una familia basada en un matrimonio entre varón y mujer, lo cual constituye su interés superior. Si bien muchos niños nacen y crecen en Argentina fuera del ámbito de una familia tal como la reconocen los mencionados tratados internacionales -lo cual es tolerado por el Estado-, no cabe al Estado (a través de ninguno de sus tres poderes) ordenar a terceros (v.gr. las empresas de medicina prepaga) la cobertura, o cubrir por sí (disponiendo de los fondos públicos) los tratamientos **destinados ab initio** a la producción extracorpórea de seres humanos que nacerán **fuera del ámbito natural de una familia, a la que tienen derecho**.

108. Los gametos masculinos y femeninos no son simples órganos: transmiten la vida y los caracteres genéticos del dador, son íntimos, únicos e irrepetibles en cada individuo, integran la misma personalidad y por ello, están fuera de comercio.

109. En autos B. C. y otra c/ UP s/ Amparo, la sentencia de Cámara hizo lugar a la acción de amparo, ordenando a la obra social demandada que otorgue cobertura total e integral del tratamiento de fecundación artificial en sus tres fases (medicamentoso, ovodonación y fecundación *in vitro*), así como el traslado y alojamiento de ambos cónyuges en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde deberá realizarse el tratamiento requerido. Tratándose de una fecundación *in vitro* con óvulo de una tercera dadora, y habiendo probables embriones restantes, el fallo ordena el congelamiento de estas personas. El costo de esta técnica estará a cargo del Estado.

110. El voto del Dr. TAZZA en los autos mencionados es contradictorio. Reconoce la personalidad de los embriones desde la fecundación (incluyendo el estadio que denomina “ovocito pronucleado”). Afirma que debe tenerse en cuenta la supremacía de ciertos valores, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho del niño a crecer en un ambiente familiar, y que se respete su identidad. “Ello, atento a que el niño concebido mediante estas técnicas es más propenso a que se vulneren sus derechos, por lo cual necesita una protección especial” (Cons. VI), pero luego infringe grave e irreversiblemente los derechos esenciales de los embriones en el resolutorio.

111. El Camarista propone que, en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal (cfr. Cons. VII). Han transcurrido más de 12 años desde que un proyecto sobre el tema -el único- lograra media sanción en el Congreso de la Nación. Este término de 12 años es más extenso que la vida posible de embriones congelados (cfr. cap. III y IV de esta obra). De esta forma, la propuesta del Camarista será probablemente ineficaz para salvar la vida de los embriones que ordena congelar.

112. El Dr. TAZZA denuncia que “estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes disocian la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica”. Pero luego resuelve autorizando estas prácticas, violando así los derechos que enumera (cfr. cons. VI), por lo cual la sentencia es contradictoria.

113. El Dr. FERRO funda su voto en que “los Jueces debemos alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el derecho, única premisa a la que estamos obligados”. Pero lo que pretende hacer, es precisamente lo que no hace: aplicar el derecho positivo vigente en Argentina, que prohíbe implícitamente estas técnicas.

114. Asimismo entiende -erróneamente- que el jurista debe avallar todo lo que la técnica pueda producir, sin pasarlo por el tamiz de la justicia. Así justifica no sólo la ovodonación anónima y el congelamiento de los embriones sino también la investigación “científica” sobre los sobrantes.

115. Frente a los que estiman que en nuestra legislación hay una laguna respecto al problema de la fertilización artificial extracorpórea, sostenemos que el orden jurídico actual es suficiente para resolver los casos jurídicos que se presenten.

116. El hecho de que no se haya legislado expresamente la materia no afecta la antijuridicidad de las técnicas.

117. La inexistencia de prohibición expresa de las técnicas en nuestro ordenamiento jurídico no parece ser conveniente dado el oscurecimiento de las conciencias de los argentinos –reflejado en el ámbito jurídico en diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales permisivas de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, que hemos mostrado en los capítulos IV y V- y el relativismo imperante. Por tanto consideramos necesario y prudente la prohibición expresa de las técnicas aludidas mediante ley y sin excepción alguna, sin soslayar que, si bien la ley tiene una función pedagógica, no es el único ni el principal factor de influencia en la cultura de un país, siendo primordial la educación moral de sus habitantes.

118. Al afirmar que es “**prudente**” prohibir expresamente las técnicas, no estamos diciendo que el legislador podría optar entre tolerar el recurso a las técnicas o prohibirlas. Entre lo prohibido formalmente y lo lícito, está lo que de suyo es ilícito pero tolerado. Pero obviamente el Estado no puede tolerar la violación de la tendencia primordial de toda persona a conservarse en el ser. Por tanto, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea nunca pueden ser conductas toleradas. Permitir estas técnicas por vía

legislativa o judicial “tanto vale como mandar a algún facultativo que lo practique, como obligar a los Servicios de Seguridad Social a que lo acepten y a que dediquen sus servicios a tal función, o como a imponer, en fin, a contribuyentes o asegurados, a la carga de pagarlo”<sup>1074</sup>. Además, la cruel práctica del congelamiento<sup>1075</sup> de embriones no cesará en tanto no se prohíban total y definitivamente las técnicas.

119. Expresar que es prudente prohibirlas implica afirmar que **deben ser prohibidas** porque así lo indica la prudencia, cuyo acto principal es el imperio. En esta afirmación se han tenido en cuenta lo que indican las “partes cuasi-integrales” de esta virtud: a) la experiencia<sup>1076</sup>, también llamada memoria de lo pasado, se ha plasmado en el capítulo V, al analizar los fallos<sup>1077</sup> relacionados con estas técnicas; b) la inteligencia de lo presente, nos ofrece el conocimiento de lo que está sucediendo, tal como lo hemos examinado en el capítulo III, al exponer las consecuencias actuales por

<sup>1074</sup> GARCÍA TORRES, Tristán, *La vida y el aborto...* *ibidem*. Esta afirmación, que fue hecha en 1983 respecto del aborto, es hoy una realidad no sólo respecto de este delito sino también respecto de la fecundación artificial extracorpórea, tal como hemos mostrado en el capítulo V.

<sup>1075</sup> Uno de los problemas éticos y jurídicos que se están planteando en la jurisprudencia argentina (cfr. cap. V) es el del destino de los embriones crioconservados, consecuencia muy frecuente –al menos en el estado actual de desarrollo de las técnicas- del empleo de la fecundación artificial extracorpórea. Cualquiera de las opciones que puedan esbozarse para resolver problema del destino de estos embriones -que no hemos analizado por exceder el marco de esta obra- reviste elementos negativos, puesto que el mal que ha originado tal situación ya está hecho. Como explicamos en el capítulo IV, se trata de una situación de injusticia que es de hecho irreparable. Por otra parte, de poco sirve que se propongan soluciones para el problema de los embriones “restantes” o “supernumerarios” crioconservados, si no se embiste su causa: evitar la proliferación de los mismos. En efecto, mientras se sigan produciendo embriones *in vitro*, el problema se convierte en un círculo vicioso y las soluciones que se sugieran no serán, por tanto, definitivas.

<sup>1076</sup> En el capítulo introductorio de esta obra destacamos la importancia de la experiencia, que es una forma de conocimiento no reductible a las demás, como punto de partida de lo jurídico.

<sup>1077</sup> La jurisprudencia analizada en el capítulo V permite vislumbrar las aristas de la problemática en el campo jurídico frente a casos concretos y apreciar las soluciones dadas en el pasado por algunos jueces. Este recurso a lo pasado permite cierta seguridad en el juicio prudencial del legislador, ya que se pueden extraer parámetros de decisión que sólo la experiencia puede brindar.

el empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y lo que éstas conllevan en los aspectos de la vida social, política y económica; c) la previsión de lo futuro se ha tenido especialmente en cuenta al analizar las posibles reacciones en cadena de las sentencias de los jueces y de las decisiones de los legisladores de nuestro país, y sus efectos colaterales (cfr. cap. VI); d) la docilidad y cautela del legislador debe darse en el estudio de la legislación permisiva comparada sobre el tema y sus nefastas consecuencias (esto lo hemos realizado en el cap. VI, al evaluar la “evolución” de la legislación española e italiana, que implicó una desprotección cada vez mayor de la vida humana y su dignidad); e) el legislador argentino deberá, asimismo, tener una imaginación creativa<sup>1078</sup>, tal como la han tenido los legisladores AVELIN y LÓPEZ DE ZAVALÍA al establecer la responsabilidad patrimonial del progenitor.

120. Respecto de la técnica legislativa<sup>1079</sup>, no consideramos que la legislación positiva a sancionarse deba prever todas<sup>1080</sup> las situaciones que puedan originarse a partir del empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea. Basta con prohibir expresamente las técnicas.

121. El análisis de los proyectos de ley argentinos referidos al tema presupone una toma de postura frente a la fecundación artificial extracorpórea<sup>1081</sup>. Así, distinguimos entre proyectos prohi-

<sup>1078</sup> La sagacidad del prudente es saber hallar con prontitud la solución más conveniente, teniendo ingenio y agilidad mental, y conlleva la capacidad de dar respuesta ante lo inesperado. Implica cierta versatilidad o flexibilidad de criterio (Cfr. ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E., *El razonamiento judicial, un razonamiento prudencial...* *ibidem*, pág. 66), que en lo jurídico se traduce –según sostenemos- en la elasticidad en la utilización de los institutos existentes y la implementación de figuras nuevas.

<sup>1079</sup> En cuanto a la estrategia del legislador, nuestra posición es contraria a la legislación prohibitiva parcial como paso previo a la prohibición total.

<sup>1080</sup> Consideramos prudente y necesario legislar expresamente en el ámbito civil prohibiendo estas técnicas, y hacerlo tratando de evitar la pronta desactualización de la normativa –mediante principios generales- pero a la vez acotando el margen de discrecionalidad de los jueces para que no derive en sentencias arbitrarias. El punto de partida de esta legislación debe ser la consideración del embrión humano como persona, consideración que ya hemos fundado suficientemente desde un punto de vista antropológico, ético y jurídico.

<sup>1081</sup> Hemos adoptado una tal posición en esta obra, basada en una antropología, una ética y una concepción jurídica realista. En caso de que nuestra postura no se com-

bitivos de las técnicas y permisivos de las mismas, y dentro de éstos, moderados y amplios. También existen proyectos parciales<sup>1082</sup>.

122. Los proyectos permisivos correspondientes al período 01/03/07 al 01/12/11, versan en su mayoría sobre los siguientes tópicos: reconocimiento de la esterilidad o infertilidad como una enfermedad; inclusión de las técnicas de fecundación artificial en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de Salud Sexual y procreación responsable (Ley 25.673), creación de registros para establecimientos que realicen las técnicas.

123. Al 1 de diciembre de 2011 no existen proyectos de ley prohibitivos de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea con estado parlamentario.

124. El proyecto AVELIN define el momento de la concepción como la penetración del óvulo por el espermatozoide. Prohíbe y sanciona las técnicas de fecundación artificial, entendidas como los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer.

125. La violación de la dignidad, la vida y la salud de los embriones ha de generar -según el proyecto AVELIN- el consecuente resarcimiento.

126. Hemos clasificado los daños que puede sufrir el embrión

parta, debe aplicarse el principio *in dubio pro vita*.

<sup>1082</sup> Calificamos de “proyecto parcial” el Proyecto S-2439/07 presentado en la Cámara de Senadores por Adriana BORTOLOZZI DE BOGADO, incorporando al Código Civil la nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación; el proyecto de creación del tutor general de embriones y “ovocitos pronucleados” de la Nación y consiguiente modificación del Código Civil al respecto (S-4580/06, de autoría de Luis A. FALCÓ), entre otros.

Un párrafo aparte merece el proyecto S-1153/07 de Silvia E. GIUSTI, diputada por la Provincia de Chubut, que solicita se agregue como último párrafo del artículo 70 del Código Civil el siguiente texto: “El óvulo fecundado en forma extracorpórea, antes de su transferencia al seno materno, no goza de la protección jurídica que este Código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas por nacer”. El proyecto lo calificamos como **parcial** dado que no contempla expresamente todos los aspectos de la fecundación artificial extracorpórea, pero su permisividad totalmente amplia hace innecesaria cualquier otra disposición normativa. Si proyectos como éste se sancionasen, toda legislación sobre fecundación artificial deviene -reiteramos- innecesaria: todo estaría permitido. Pensamos que una ley en este sentido debería ser tachada de inconstitucional por nuestros tribunales.

concebido extracorpóreamente en: daños en relación a la identidad genética, daños en relación a la identidad filiatoria (supuesto contemplado en el proyecto AVELÍN) y otros daños.

127. Cuando no pueda determinarse la filiación del niño nacido, por ser los donantes de gametos anónimos, el proyecto AVELÍN prevé, como sanción civil por la violación de la prohibición legal de las técnicas -además de la sanción penal prevista por el mismo proyecto-, una sanción novedosa y acertada: la responsabilidad patrimonial de los profesionales intervinientes, en calidad de progenitores. En caso de que hubiese más de un profesional actuante, consideramos que debe hacerse responsable a cualquier actuante -en la terminología del proyecto- en las técnicas, a elección del demandante, a fin de evitar que se eluda la responsabilidad interponiendo testaferreros u “hombres de paja” al frente de los equipos técnicos. La prueba de la intervención del profesional en la realización de las técnicas deberá ser amplia, por aplicación analógica de las reglas que rigen el juicio de filiación. La responsabilidad civil como progenitor debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo efecto patrimonial que el reconocimiento expreso de paternidad, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico o genético -tal como lo denomina el proyecto-.

128. El régimen aplicable a las acciones por daños ocasionados en el marco de la fecundación artificial extracorpórea dependerá de quienes revistan la calidad de sujetos activos y/o pasivos de la pretensión resarcitoria. El reclamo de los hijos contra los profesionales actuantes y centro de fertilización artificial, se enmarca dentro del ámbito aquiliano o extracontractual, ya que el servicio fue requerido por los clientes (padres) y no por los pacientes (embriones). El factor de atribución de responsabilidad es objetivo. Consideramos que las técnicas son actividades riesgosas. Por ello resultarán indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas de los generadores del daño, como así también aquellas que previeron o debieron prever, empleando la debida atención y conocimiento de las cosas, y el daño moral sufrido por el hijo. El plazo de prescripción será de 2 años. Rige la teoría de la carga probatoria dinámica.

129. No corresponde reconocer derecho a indemnización a los clientes que recurren a las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, porque estos contratos son nulos de nulidad absoluta.

130. Ni el proyecto AVELIN ni nuestro ordenamiento jurídico vigente contemplan normas específicas que regulen la responsabilidad de los progenitores y/o de terceros por los daños a la salud de los nacidos mediante técnicas de fecundación artificial extracorpórea, razón por la cual todo planteo resarcitorio deberá resolverse a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil. Consideramos que serán responsables los progenitores, los profesionales médicos y su equipo, y la clínica donde se desarrollen las técnicas, por cualquier acción imputable a los mismos que genere un daño al nacido. También lo serán quienes autoricen – aquí incluimos a los legisladores y jueces-, consientan y/o realicen cualquier manipulación y/o experimentación con los embriones, por los daños que tales prácticas puedan ocasionar al nacido. Toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad por daños originados en la fecundación artificial que se pacte al contratar las técnicas será nula, al igual que el contrato mismo.

131. Serán indemnizables los siguientes daños a la salud: aumento del riesgo de defectos congénitos o de retraso en el desarrollo cognitivo y motor en el niño; perniciosa sobreprotección o exageradas expectativas parentales respecto del niño de las cuales se deriven secuelas psicológicas; otros daños físicos, morales y psicológicos. No consideramos como daño resarcible la transmisión de enfermedades hereditarias al niño que nace como fruto de estas técnicas, salvo que sea dolosa. De lo contrario se estaría fomentando indirectamente la selección eugenésica embrionaria.

132. No es resarcible al niño discapacitado o enfermo fecundado extracorpóreamente el hecho de haber nacido, ya que la misma vida no puede constituir un perjuicio que dé derecho a reparación. Sólo por la minusvalía provocada, agravada o no atenuada por un error médico habrá resarcimiento, y no por el hecho de haber nacido y no haber sido abortado.

133. Estos daños físicos, morales y psicológicos pueden obedecer no sólo a un actuar doloso o culposo de los progenitores, de los profesionales médicos, y centros de fecundación artificial, e inclu-

so los dadores de gametos –en la inseminación heteróloga-, sino que algunos se ocasionan por la mera utilización de las técnicas de referencia. Por tanto estamos ante supuestos de responsabilidad objetiva.

134. Los profesionales actuantes y los centros de fecundación artificial, además de los daños a la salud originados por las técnicas en sí mismas, deberán responder por su empleo erróneo (v. gr. excesiva temperatura en la crioconservación), o mala calidad del material técnico o deficiencias generadas en la manipulación de los gametos o del embrión.

135. Dado que la responsabilidad es objetiva, la víctima (embrión concebido extracorpóreamente) no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa -aplicamos analógicamente a los gametos donados el concepto de cosa riesgosa- o de la actividad, siendo suficiente la demostración del daño causado y el contacto con la cosa riesgosa.

136. El nacido después de una crioconservación podrá reclamar los daños sufridos por el retardo deliberado de su nacimiento, y por el tiempo en que se vio privado del contacto con sus padres. Asimismo la crioconservación atenta contra su dignidad, lo expuso a morir o a sufrir daños físicos, psicológicos y morales por efecto del congelamiento, y se lo privó del goce de los afectos familiares.

137. La clonación -de ser técnicamente posible- sería manifiestamente violatoria del derecho a la identidad del nuevo ser y a la dignidad humana. En caso de que el niño naciera como producto de una clonación, ciertamente el nacido tendría derecho a un resarcimiento del daño sufrido tanto por parte de los profesionales actuantes, y centro donde se llevara a cabo la misma, como del o de los progenitores que la hubiesen consentido.

138. Respecto de las disposiciones transitorias del proyecto AVELIN, consideramos que debería haberse aclarado expresamente que los pretensos adoptantes no quedan alcanzados por la excepción prevista, por las razones expuestas en los capítulos III y IV respecto de la adopción prenatal de embriones congelados.

139. El proyecto LÓPEZ DE ZAVALÍA y otros es prohibitivo de



la fecundación extracorpórea<sup>1083</sup>. No es clara la redacción del proyecto respecto de la fecundación artificial intracorpórea.

140. El proyecto establece dos sanciones de naturaleza civil: la responsabilidad patrimonial de progenitor, a la que nos referimos al analizar el proyecto AVELIN, y la multa. Consideramos que el proyecto debería haber establecido a favor de qué persona se fijaba la multa. Y dado el continuo proceso inflacionario de nuestra economía, debería haber instituido la multa con un criterio móvil.

141. Respecto del “alquiler de vientres”, el proyecto se pronuncia a favor de quien aporta el óvulo –filiación genética-, considerando que el elemento genético define la identidad de la persona.

142. El Proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS es permisivo moderado, pues permite la inseminación y fecundación extracorpórea homólogas, bajo ciertas condiciones.

143. El Proyecto LAFERRIERE-STORANI es permisivo amplio. La donación anónima de gametos autorizada suscita graves problemas jurídicos relacionados con el impedimento de parentesco para contraer matrimonio, con el derecho a la identidad de los niños concebidos extracorpóreamente, con la indisponibilidad del estado de familia, entre otros.

144. El Proyecto SALUM, STORANI, FERNÁNDEZ MEIJIDE, GENOUD sigue los parámetros de máxima permisividad que inspiran la legislación española. El trasfondo del proyecto es pragmático-utilitarista, de cálculo de las consecuencias de la acción en la relación costo-beneficio.

145. El único proyecto sancionado por el Senado de la Nación –en la sesión del 2 de julio de 1997-, autoriza “las técnicas de reproducción humana asistida”, con restricciones, es decir que lo clasificamos como permisivo moderado. El fundamento del proyecto es la llamada “medicina sustitutiva”. Pero ésta no se da en la fecundación artificial extracorpórea, ya que las técnicas no sustituyen un “fenómeno u órgano del cuerpo” sino el acto sexual –que no tiene solamente una dimensión orgánica sino sobre todo psicológica y espiritual- por un acto técnico de laboratorio. Por

<sup>1083</sup> El proyecto no se limita a prohibir las técnicas bajo análisis, sino que asimismo fija como una de las políticas prioritarias del gobierno argentino, el promover el fortalecimiento de las familias Cfr. capítulo VI.

lo tanto, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea no pueden asimilarse a una diálisis renal, trasplante de córnea, etc.

146. No resulta razonable incluir -tal como lo hace el proyecto- entre los destinatarios de las técnicas a las parejas no matrimoniales<sup>1084</sup>.

147. El proyecto autoriza la crioconservación de embriones, intentando así remediar un efecto “no deseado” –imposibilidad de transferencia inmediata- pero autorizando la causa de ese efecto, que es previsible. En efecto, la crioconservación autorizada supuestamente se dará sólo cuando la madre, por razones médicas de naturaleza excepcional, no estuviere apta para la inmediata transferencia de los óvulos fecundados. Pero por lo explicado en el capítulo III sobre la denominada “ventana de implantación”, el congelamiento de embriones no tendrá carácter excepcional sino habitual. Además, esta “excepción” abre la puerta, en el proyecto, a la adopción prenatal.

148. El derecho -natural y positivo- argentino nos obliga a juzgar el proyecto como antijurídico. Disentimos con el Dr. BARRA, que lo considera “valioso”, y con el Dr. MAZZINGHI, que lo califica como “sensato”.

149. Cabe lamentar en la actualidad la inexistencia, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores de la Nación, de al menos un proyecto de ley con estado parlamentario que prohíba las técnicas de fecundación artificial extracorpórea.

150. El 9 de noviembre de 2011 la comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados de la Nación habilitó -luego de haber pasado por las Comisiones de Acción Social y Salud Pública; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y Legislación General-, que diversos proyectos de fecundación artificial fuesen debatidos por el pleno.

151. Los Dictámenes emitidos (uno en mayoría y tres en minoría) son permisivos de las técnicas de fecundación artificial, con excepción del valiente y sensato cuarto dictamen en minoría del Diputado OBIGLIO.

152. En la última sesión del año parlamentario 2011, realizada

<sup>1084</sup> El Dr. QUINTANA critica este punto del proyecto basándose en el hecho de que, desde que se legisló el divorcio en argentina, ha desaparecido el impedimento de ligamen. Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Un proyecto contradictorio... ibidem*, pág. 9.

el 30 de noviembre, la Cámara de Diputados otorgó media sanción a los proyectos de “identidad de género” y “muerte digna”, en tanto “fecundación artificial” se aprobó sólo en general -sin debate en particular- por lo que no alcanzó la media sanción.

153. Consideramos un valioso aporte para los legisladores que quieran promover un proyecto prohibitivo de las técnicas -única alternativa conforme con el ordenamiento jurídico argentino-, el proyecto de ley presentado en el Congreso de la Nación por el Senador AVELIN.

154. Los proyectos permisivos quebrantan el derecho argentino dado que el embrión humano es persona y, como lo es, todas las técnicas de fecundación artificial extracorpórea -que ponen en peligro su vida y atentan contra su dignidad- son incompatibles con el ordenamiento jurídico positivo vigente. Si, por el contrario -erróneamente-, se considerase al embrión una “cosa”, entonces no hay casi nada que legislar, solamente los modos de adquisición de la propiedad sobre él.

155. Cualquier proyecto que sea sancionado y promulgado, permitiendo la fecundación artificial extracorpórea en cualquiera de sus formas, es susceptible de la tacha de inconstitucionalidad, y así deberán declararlo nuestros magistrados, tal como sucedió en Costa Rica.

156. Frente a proyectos de ley permisivos de la fecundación artificial extracorpórea, cabe la responsabilidad internacional del Estado Argentino por haber firmado tratados de derechos humanos que lo obligan internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos los apliquen. Su responsabilidad puede asimismo configurarse por omisión (v.gr. en caso de tolerancia del recurso a las técnicas). Por tanto corresponde que los jueces de oficio declaren la inconstitucionalidad de toda legislación permisiva en la materia.

157. Los efectos negativos que se seguirían de una legislación permisiva son, entre otros: oscurecimiento de las conciencias sobre la dignidad de la persona desde su concepción y su derecho a la vida, más confusión social sobre la moralidad y juridicidad de las técnicas, imposible contralor de las mismas, efecto deslizamiento.

158. El legislador, cuando no pueda evitar una ley permisiva

-y haciendo conocer públicamente su absoluta oposición personal a las técnicas- puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así sus efectos negativos.

159. Por medio del estudio de la evolución legislativa en España e Italia respecto del tema, hemos demostrado cómo se da el “efecto deslizamiento” al aprobarse una legislación “permisiva”, ya que ceder ante las presiones de quienes propugnan la autorización de estas técnicas implica generar otras nuevas presiones en la misma dirección, con lo cual lentamente caerán las limitaciones que se establecieron originariamente. Una vez abierta la puerta es difícil cerrarla.

160. La legislación española “abrió la puerta” a las técnicas de fecundación artificial, llegando a autorizar -v. gr.- que los embriones sobrantes -seleccionados según criterios eugenésicos- se conviertan en material de investigación o bien en un simple material “descartable”. A los más “aptos” se les “permite” nacer con dos fines: para satisfacer el deseo -que la ley española convierte en fuente del supuesto “derecho” de los padres de tener un hijo-, o con “fines terapéuticos para terceros”. La “gratuidad y ausencia de ánimo de lucro” de los Centros de investigación es una exigencia legal que pretende justificar la manipulación de los embriones con el pretexto del “progreso de la ciencia”. Asimismo se permite la clonación “terapéutica”.

161. La legislación italiana es permisiva moderada y su ampliación ha sido frenada momentáneamente por el abstencionismo del pueblo italiano frente a los *referendum* convocados a tal fin.

162. Tal como nos enseña la legislación comparada citada, abrir la puerta legislativa a estas técnicas mediante su autorización implica el avance vertiginoso hacia injusticias y violaciones de la dignidad humana cada vez más pronunciadas.

163. El hecho de que legislaciones de muchos países hayan consentido no penar e incluso permitir prácticas contra la vida como las aquí analizadas, es un síntoma preocupante y causa de un grave deterioro moral. Opciones antes consideradas unánimemente como delictivas y rechazadas por el común sentido moral, llegan

a ser poco a poco socialmente respetables<sup>1085</sup>.

164. Por eso no es indiferente establecer -o no- leyes que violan la dignidad de las personas concebidas *in vitro*, es decir, no cabe asignar idéntico valor jurídico a la persecución legal de estas prácticas o al desinterés o la complicidad de las potestades públicas ante tales conductas, gravísimamente antijurídicas.

165. Calificamos de “servilismo legal”<sup>1086</sup> la actitud del legislador que pretende legitimar los hechos consumados y las situaciones causadas ofreciendo soluciones inaceptables desde el punto de vista ético y jurídico.

## 2. Consideración final

Con lo expuesto esperamos contribuir -mediante esta fundamentación jurídica de la necesidad de prohibición normativa expresa de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea- a que en Argentina no prosperen los proyectos de ley que proponen la legitimación de estas prácticas inconstitucionales sino más bien que se presenten y aprueben proyectos prohibitivos totales.

<sup>1085</sup> Cfr. JUAN PABLO II, *Encíclica Evangelium Vitae...* *ibidem*, N° 4.

<sup>1086</sup> Expresión utilizada por la Dra. ARIAS DE RONCHIETTO. Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. *Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?*, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., *El derecho frente...* *ibidem*.

## 3. Dedicatoria

Generalmente las dedicatorias de las publicaciones se consignan en sus primeras páginas. En este caso hemos preferido hacerlo al final, ya que esta dedicatoria presupone la lectura de la obra.

Estas páginas, entonces, están dedicadas a mis padres, a mis abuelos, a mis hermanas y sobrinos, a mis maestros y amigos, y a ti...

*A ti...  
Niño,  
fecundado en un laboratorio,  
pero no seleccionado  
porque no se te consideró apto para la transferencia;  
nunca preguntes por quién doblan las campanas de esta  
obra;  
están doblando por ti*<sup>1087</sup>.

<sup>1087</sup> DONNE, John (1572-1631), *Devotions Upon Emergent Occasions...* *ibidem*.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

### Normas argentinas

#### Normas nacionales

(cfr. [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar))

Constitución de la Nación Argentina.

Código Civil Argentino.

Código Penal Argentino.

Ley 26.061

Ley 26.066

Ley 25.467

Ley 25.392

Ley 25.326

Ley 24.946

Ley 24.714

Ley 24.481

Ley 24.455

Ley 24.411

Ley 24.193

Ley 24.156

Ley 24.004

Ley 23.849

Ley 23.798

Ley 23.661

Ley 23.660

Ley 23.592

Ley 23.511

Ley 23.179

Ley 23.054

Ley 22.290

Ley 20.321

Ley 17.418

Ley 12.331

Decreto 200/97

Decreto 492/95

Decreto 1615/96  
Decreto 1758/96  
Resolución MSN 310/2004  
Resolución MSN 6080/03  
Resolución SSN 34/1998  
Resolución MSN 247/1996

### Normas provinciales

(cfr. webs de las respectivas Legislaturas)

Constituciones provinciales  
Ley 472 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.  
Ley 712 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.  
Ley 1.044 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.  
Ley 13.066 de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.  
Ley 14.208 de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.  
Decreto Provincial 2327/03 (reglamentario de la ley 13.066 de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires)  
Ley 8953 de la Legislatura de Córdoba.  
Ley 9073 de la Legislatura de Córdoba.

### Normas municipales

Decreto N° 33/04 del Intendente de Monte Caseros, Provincia de Corrientes, 24/03/04

## Jurisprudencia argentina

### Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(ordenados en forma decreciente por fecha de la sentencia)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro s/ Recurso de hecho, 19/05/10, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=40229>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Sánchez, Elvira Berta c/ M°□□ y DD HH art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01), 22/05/07, en <http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=1911>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Mujeres por la vida-Asociación Civil sin fines de lucro-filial Córdoba- c/Estado Nacional, 31/10/06, en "El Derecho", 10/05/07.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Vázquez Ferra s/incidente de apelación, 30/09/03, en "Jurisprudencia Argentina" 2003-IV-434; "La Ley" 2004-A-101.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, "El Derecho", 197-13. Fallos: 325:292.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 11/01/01, en "La Ley" 2001-A, 189; 2001-E, 264.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/00, Fallos 323:3229.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re Horvath c/ Fisco Nacional, 04/05/95, Fallos: 318:676.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN in re Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI), 19/10/95, Fallos 318:785.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Nadel, León y otro s/contrabando, 06/04/93, Fallos 316:567.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Müller, Jorge, 13/11/90, en "La Ley" 1991-B, 470.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Nación Argentina (Ministerio de Salud y Acción Social), 27/1/1987. Fallos 310:112.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re S., J. B. c. Z. de S., A. M., 27/11/86, en "La Ley" 1986-E 648.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización, 06/11/80, Fallos 302:1284.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, in re R., L.M., "NN Persona por nacer. Protección. Denuncia" (Causa Ac. 98.830), 31/07/06, en "El Derecho", 11/08/06.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, in re C. P. d. P., A. K. s/Autorización (Ac. 95464), 27/06/05, en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) del 29/06/05.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros s/recurso de hecho, 07/07/92, Fallos: 315:1492.

**Fallos de Tribunales inferiores**

(ordenados en forma decreciente por fecha de la sentencia)

JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL Nº 92 in re P.A. c/S.A.C. s/ Medidas Precautorias, confirmado por la CÁMARA NACIONAL CIVIL Sala J, 13/09/11, en <http://www.diariojudicial.com/fuero civil/Autorizan-a-una-mujer-a-que-se-implante-embriones-crioconservados-20110922-0009.html>

CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA in re E. B. del C. C. ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD. (APROSS). AMPARO. EXPTE Nº 1736023/36, 13/09/11, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/10/e-b-del-c-c-administracion-provincial.html>

TRIBUNAL DEL TRABAJO Nº 2 de Lanús (Provincia de Buenos Aires) in re A. A. c/ Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo, 29/06/2011, en <http://quadrelli.blogspot.com/2011/07/a-c-instituto-de-obra-medico.html>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO in re N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones S/ CASACIÓN, 11/05/2011

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES, Sala IV, in re L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo, 04/2011, en “El Derecho” 243, del 14/06/11 y en [http://www.notivida.org/fallos/FIV\\_Corrientes.html](http://www.notivida.org/fallos/FIV_Corrientes.html)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES in re B.N.L. Y L.F.A. c/Obra Social de la Provincia de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo, sentencia Nº 29 del 16/03/11.

CÁMARA FEDERAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sala II, in re Azumendi Magdalena y otro c/ E.N. INCUCAI Resol 69/09 s/amparo ley 16986 (Expte. 9657/2010), 02/12/2010.

JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y PREVENCIÓN DE MENORES DE BELLA VISTA (CORRIENTES) in re L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo, 24/09/10.

CÁMARA FEDERAL DE SALTA, in re R., N.F. O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo (Expte Nº 222/09), 03/09/2010.

CÁMARA 1º DEL CRIMEN DE BARILOCHE in re Nahuelpan Rolando Fabián s/Abuso sexual s/incidente solicitud interrupción embarazo s/apelaciones (causa Nº A1-2010-3736), 14/04/10. En “El Derecho Diario

de Política Criminal”, 02/06/10.

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re B. C. y otra c/ UP s/ Amparo (Expte. Nº 12.021), 17/12/09, en:

<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=39518#>

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, in re P., M. E. y otros c/ Obsba, 24/11/09, en “El Derecho” 15/03/2010, Nº 12.463.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL sala I in re Enia, Gabriela Susana y otro c/ IOMA y otro, 19/11/2009, en “La Ley” del 30/03/2010

CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA in re R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo (Nº Expte. A-1419-MP0), 03/11/09, en formato digital.

CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA IV, in re Biocordcell Argentina S.A. inc. med. c. EN Mº Salud INCUCAI Resol. 69/09 s/proceso de conocimiento, 15/10/09, en “El Derecho” 14/04/10, Nº 12.482.

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, in re L., H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo (Expte. Nº 11.578), 29/12/08, en “El Derecho” 233-31.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIEN TO EN SAN NICOLÁS in re S.A.F y A.H.A s/ amparo (Nº Expte. 573-2008), 15/12/08, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/InfojubaContencioson12-II.htm>

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE PRIMERA NOMINACIÓN DE CÓRDOBA in re Mujeres por la vida Asoc. Civil sin fines de lucro c/ Superior gobierno de la Provincia de Córdoba – amparo- s/ recurso de apelación (Expte. Nº 1270503/36), 07/08/08, en “El Derecho” 229-733.

TRIBUNAL DE FAMILIA Nº 5 de Rosario, Santa Fe, in re GBP C/ MHH s/alimentos (Expte. Nº 1376/08), 06/08/08, en <http://www.notivida.org/>.

CAMARA DE 2º INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, SALA II, in re Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA; Expte. 20324/0), 26/05/2008, en [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala\\_2/Ayuso.2008.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/CAYT/sala_2/Ayuso.2008.pdf).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS, Sala Civil y Comercial, in re Defensora de P. y M. Nº 2 (en

Repr. de persona por nacer)- s/Medida cautelar de protección de persona-, 20/09/07, en <http://www.deltaeditora.com.ar/jurisprudencia/provincial-nota.php?id=361>

DEFENSORÍA DE POBRES Y MENORES N° 2, Solicita Medida cautelar de protección de persona, en [www.notivida.com.ar/fallos/PITERSON\\_Aborto\\_Parana.html](http://www.notivida.com.ar/fallos/PITERSON_Aborto_Parana.html) 63k -

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIEN TO EN SAN NICOLÁS in re M.P.E. y Otro c/ Ministerio de Salud-IOMA s/ amparo (Expte. N° 172/2007), 17/04/07, en <http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontenciosos9.htm>

CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA K, in re A.F.J. c/ La uruguay Argentina S.A., 2006, en "Jurisprudencia Argentina" 2006-IV-pág.526.

CÁMARA NACIONAL FEDERAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SALA I, in re S., D. S. c/ Instituto Obra Social del Ejército, 13/12/05, en "La Ley" 30/6/06.

CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE QUILMES, SALA SEGUNDA, in re Santorelli Santina c/ IOMA Obra Social s/ Amparo (Expte. N° 8118), 15/02/05, en <http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=731>.

CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, in re Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo, 03/12/99, en "El Derecho" 185-412.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 56 DE LA CAPITAL FEDERAL, in re Rabinovich, Ricardo D. s/amparo, 28/04/95, en "Revista Derecho de Familia" N° 10, pág. 175.

### Proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación

(cfr. [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar); [www.diputados.gov.ar](http://www.diputados.gov.ar))

ALFARO, Germán E., Proyecto de ley de reconocimiento de la infertilidad como patología y su incorporación al Plan Médico Obligatorio (Expediente 4008-D-2008).

AUGSBURGER, Silvia; BISUTTI, Delia; FEIN, Mónica; PERALTA, Fabián; SESMA, Laura; STORNI, Silvia, Proyecto de acceso a la reproducción humana asistida, salud sexual y procreación responsable (Expediente 0680-D-2009).

AVELÍN, Alfredo, Reproduce Proyecto de ley de protección de derechos

humanos de las personas por nacer Ref. 1352-S-1995 (Expte 0450-S-97).

BARRIOS, Miguel A.; FEIN, Mónica H.; CUCCOVILLO Ricardo O.; Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida: modificación de la Ley 25.673 sobre garantía de acceso a toda la población (Expediente 3169-D-2011).

BEVACQUA, Adriana, Proyecto de declaración de interés nacional del proyecto genoma humano (Expediente 6608-D-02).

BIANCHI, Ivana M., Proyecto de ley de Fertilización humana asistida (Expediente 2663-D-2010).

BIANCO, Lía, Proyecto de ley de regulación de inseminación terapéutica con semen de donante (Expediente 2977-D-2008).

BONASSO, Miguel L.; SOLANAS, Fernando E.; ARGUMEDO, Alcira S.; BENAS, Verónica C.; GIL LOZANO, Claudia F., Proyecto de ley de reproducción humana asistida. Régimen de accesibilidad y regulación de las técnicas (Expediente 2459-D-2010).

BONASSO, Miguel; GIL LOZANO, Claudia, Proyecto de ley de reproducción humana asistida (Expediente 5937-D-2008).

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de regulación de la procreación asistida (Expediente 1690-S-2010).

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de regulación de la reproducción humana asistida y la investigación sobre material genético (Expediente 1021-S-2009).

BORTOLOZZI, Adriana, Proyecto de ley de otorgamiento de cobertura del Plan Médico Obligatorio a tratamientos de fertilización asistida y sus derivaciones (Expediente 750-S-2009).

BORTOLOZZI, Adriana, Reproduce Proyecto de ley de regulación de la reproducción humana asistida y la investigación sobre material genético Ref. 799-S-2006 (Expediente 113-S-2008).

BRITOS; DEL VALLE RIVAS, Reproduce Proyecto de ley sobre fecundación humana asistida Ref. S- 1374/93 (Expediente 430/95).

CABALLERO, Héctor, Proyecto sobre protección contra la discriminación en materia genética (Expediente 4668-D-00).

CAMAÑO, Graciela, Proyecto de ley de regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida (Expediente 1437-D-2008).

COMELLI, Alicia M., Proyecto de modificación del Programa de salud sexual y procreación responsable (Expediente 0190-D-2009).

FALCÓ, Luis A., Proyecto de creación del tutor general de embriones y "ovocitos pronucleados" de la Nación y consiguiente modificación del Código Civil al respecto (Expediente S-4580/06).

FELLNER, Liliana B., Reproduce Proyecto de ley sobre marco normativo para el desarrollo y la aplicación de técnicas para la procreación humana asistida Ref. 170-S-2008 (Expediente 202-S-2010).

FELLNER, Liliana B., Reproduce Proyecto de ley sobre marco normativo para el desarrollo y la aplicación de técnicas para la procreación humana asistida Ref. 3443-S-2006 (Expediente 170-S-2008).

GALLEGO, Silvia E.: Proyecto de ley modificando la ley 25.673 Programa Nacional de salud Sexual y Procreación responsable (Expediente 1769-S-2007).

GARCÍA MÉNDEZ, CAAMAÑO, COMELLI, GAINNETTASIO, DI TULLIO, GORBACZ, BENAS, ROSSI, DONDA, CARLOTTO, MACALUSE Y GONZÁLEZ, Proyecto de ley de abolición del Ministerio Pupilar (Expediente 2217-D-2008).

GARCIA MENDEZ, Emilio, Proyecto de reconocimiento de la infertilidad como patología e inclusión de las técnicas de fertilidad asistida en la cobertura del Plan Médico Obligatorio (Expediente 6811-D-2008).

GIRI, Haide E., Reproduce Proyecto de ley sobre aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Ref. 2733-S-2006 (Expediente 955-S-2008).

GIUDICI, Silvana M.; STORNI, Silvia; PORTELA, Agustín A.; TUNESSI, Juan P.; Proyecto de ley sobre Régimen de reproducción humana asistida y criopreservación (Expediente 4423-D-2010).

GIUSTI, Silvia E., Proyecto de modificación del art. 70 del Código Civil (Expediente S-1153/07).

GONZALEZ, Nancy S. y otros, Proyecto de ley sobre régimen de prevención y tratamiento de la infertilidad (Expediente 3953-D-2010).

GUTIÉRREZ, Graciela, Proyecto de Procreación humana asistida: objeto, definición, creación de un Registro de establecimientos habilitados (Expediente 4931-D-2008).

IBARRA, Vilma L., Proyecto de ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida (Expediente 6054-D-2011).

KRONEBERGER, Daniel, Proyecto de inclusión de la infertilidad y técnicas de fertilización asistida en el Programa Médico Obligatorio (3056-D-2009).

LAFERRIERE; STORANI, Reproduce Proyecto de ley sobre normas para el uso de técnicas de reproducción humana asistida Ref. S 94/93, que a su vez reproduce Ref. S 1014/91 (Expediente N° 628/95).

LEGUIZAMON, María L.; Reproduce Proyecto de ley reconociendo a la infertilidad como una enfermedad e incorporando su tratamiento al Programa Médico Obligatorio en el Nomenclador Nacional de prácticas

médicas Ref. 2215-S-2005 (Expediente 5854-D-2010).

LEGUIZAMÓN, María L., Reproduce Proyecto de ley reconociendo a la infertilidad como una enfermedad e incorporando su tratamiento al Programa Médico Obligatorio en el Nomenclador Nacional de prácticas médicas Ref. 2215-S-2005 (Expediente 2042-S-2007).

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; MENEGHINI, Javier R.; IBARBIA, José M.; ALVAREZ ECHAGÜE, Raúl A.; TOPA, Raúl R.; TOMA, Miguel A.; IBARRECHE, Julio C.; GERMANO, Alberto R.; GALLO, Orlando J.; FERNANDEZ GILL, Guillermo C., Proyecto de ley sobre Programa de crecimiento demográfico (Expediente 1378-D-93).

LORES, Horacio, Proyecto de ley incorporando como prestaciones obligatorias la cobertura total o parcial del diagnóstico y tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de las obras sociales y las empresas o entidades de medicina prepaga (Expediente N° 740-S-2009).

MAJDALANI, Silvia; Proyecto de ley sobre Régimen de técnicas de reproducción humana asistida (Expediente 5056-D-2010).

MAJDALANI, Silvia C.; MENDOZA, Sandra M., Proyecto de ley para incorporar al Plan Médico Obligatorio la infertilidad como enfermedad (Expediente 0492-D-2010).

MARTIN, María E., Proyecto de ley sobre sistema de atención integral a las personas con discapacidad (Expediente 5822-D-2007).

NATALE, Alberto proyecto de creación de una Subcomisión en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación para proponer una legislación sobre datos genéticos (Expediente 0262-D-04).

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 C.C., adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida (Expediente 1506-S-2009).

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley sobre procreación humana asistida (Expediente N° 1742-S-2008).

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Proyecto de ley de reconocimiento de la infertilidad como enfermedad y de su cobertura por todas las obras sociales y empresas de medicina prepaga (Expediente 2574-S-2008).

OLIVA, Cristian R. y otros; Proyecto de ley de asistencia psicológica a la mujer durante la esterilidad, infertilidad, embarazo, parto, puerperio y/o hasta el primer año de vida del hijo. Incorporación al PMO (Expediente 0753-D-2010).

POLO, Luis; Proyecto de ley de prohibición de las prácticas de fecundación humana artificial en el ámbito del territorio nacional (Expediente 4857-D-96).



PRIETO, Hugo N.; Proyecto de ley sobre maternidad subrogada (Expediente 4098-D-2011).

SAADI, Ramón E., Proyecto de ley estableciendo como prestaciones médico obligatorias los tratamientos que utilicen técnicas de fertilización humana asistida (Expediente 688-S-2008).

VAQUIR, Omar M., Proyecto de ley para que la Nación Argentina asumiese los principios contenidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos -aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO- en la 26ª sesión plenaria de fecha 11 de noviembre de 1997- (Expediente N° S-1356/00).

VARGAS AIGNASSE, Gerónimo, Proyecto de ley de fertilización asistida. Inclusión de su tratamiento dentro del Plan Médico Obligatorio (Expediente 2106-D-2010).

VILLAVARDE, Jorge A., Proyecto de ley sobre régimen para la reproducción humana asistida (Expediente 3465-D-2008).

Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida (Expte. 83-S-97), con media sanción del Senado, aprobado el 02/07/97 (orden del día 538/1997).

Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998.

### Fundamentos de Proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación

AUGSBURGER, Silvia; BISUTTI, Delia B.; FEIN, Mónica H.; PERALTA, Fabián F.; SESMA, Laura J.; STORNI, SILVIA, Fundamentos del Proyecto de ley sobre fecundación artificial, Expediente N° 0680-D-2009, trámite parlamentario 008 (11/03/2009), en [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)

GIUSTI, Silvia E., Fundamentos del proyecto S-1153/07, Iniciado en Senado de la Nación Argentina. Expediente N° 1153-S-2007. En "Diario de Asuntos Entrados" n° 54, 04/05/2007, en [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)

### Diario de Sesiones del Congreso de la Nación

AVELÍN, Alfredo. Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

MARTÍNEZ ALMUDÉVAR, Enrique, Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio

de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

STORANI, Conrado H., Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

VAQUIR, Omar M., Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en Senado de la Nación a partir del 25 de junio de 1997, debatiéndose proyectos de regulación de las técnicas de fecundación artificial. Versión taquigráfica.

### Tratados y documentos de organismos internacionales

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (aprobada por la Conf. General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO- en la 26ª sesión plenaria de fecha 11 de noviembre de 1997), en [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

CONSEJO DE EUROPA, Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos. Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, 04/04/97, en Centro de Documentación de Bioética del Departamento de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/cdb/coeadclonacion.html>

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el 18º período ordinario de sesiones de la Asamblea General, <http://www.cidh.org/Basicos/basicos4.htm>.

### Normas del derecho comparado

#### Normas de España

Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, del 22 de noviembre de 1988, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html)

Ley 42/1988, del 28 de diciembre de 1988, en [www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/Ley\\_42-1988.pdf](http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/Ley_42-1988.pdf)

Ley 45/2003, del 21 de noviembre de 2003, en: [www.isciii.es/htdocs/terapia/legislacion/Terapia\\_Ley\\_45\\_2003.pdf](http://www.isciii.es/htdocs/terapia/legislacion/Terapia_Ley_45_2003.pdf)

Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/06, del 11 de mayo de 2006, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/114-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html)

Ley de Investigación biomédica 14/07, del 3 de julio de 2007, en [www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=4647-](http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4647-)

#### **Normas del Reino Unido de Gran Bretaña**

Human Fertilisation and Embryology Act de 1990 (Ley de fertilización humana y embriología), 01/11/90, en [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/Ukpga\\_19900037\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm). Traducción propia.

Human Fertilisation and Embryology (Amendment) Bil (Enmienda de la ley de fertilización humana y embriología), 07/06/00, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm199900/cm-bills/138/2000138.htm>. Traducción propia.

Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations (Regulaciones de la ley de fertilización humana y embriología con fines de investigación), 24/01/01, en <http://www.opsi.gov.uk/SI/si2001/20010188.htm>. Traducción propia.

Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Bill (Enmienda de la ley de fertilización humana y embriología en caso de fallecimiento de los padres), 25/04/01, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200001/cmbills/089/2001089.htm>. Traducción propia.

Bill 6, 01/08/07, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/006/08006.i-iv.html>. Traducción propia.

Bill 25, 01/08/07, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldbills/025/08025.i-iv.html>. Traducción propia.

Bill 70, 01/08/07, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmbills/070/200870.pdf>. Traducción propia.

Bill 120, 01/08/07, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmbills/120/2008120.pdf>. Traducción propia.

Human Reproductive Cloning Act (Ley de clonación reproductiva), 04/12/01, en: [http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2001/ukpga\\_20010023\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2001/ukpga_20010023_en_1). Traducción propia.

#### **Normas de Francia**

Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, Section 3: De la protection de l'embryon humain (Ley N° 94-653 del 29 de julio de 1994, referida al respeto por el cuerpo humano. Sección 3 : de la protección del embrión humano), en :

<http://www.chu-rouen.fr/uchpg/LOI4.html>. Traducción propia.

#### **Normas de Alemania**

Embryonenschutzgesetz, Ley penal de protección del embrión 745/90, 13/12/90. Traducción de ANDORNO, Roberto, realizada a partir del texto francés publicado en "Ethique. La vie en question", (París, 1991) N° 1. Cit. por ANDORNO, Roberto, Procreación asistida: Posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos, en "Jurisprudencia Argentina", 1994-III-925.

#### **Normas de Italia**

Ley de procreación médicamente asistida 40, 19/02/04, (publicada en la Gaceta Oficial N° 45 el 24/02/04), en [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

Ley sobre la interrupción del embarazo 194/78, en <http://isd.olografix.org/faq/1194.htm>. Traducción propia.

#### **Normas de Grecia**

Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida 3089 (publicada en la Gaceta Oficial N° 327 el 23/12/02 -Official Gazette of the Hellenic Republic), en:

[http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law\\_3089\\_en.pdf](http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law_3089_en.pdf). Traducción propia del inglés.

### **Jurisprudencia extranjera**

(ordenada en forma decreciente por fecha de la sentencia)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 156/10. Petición N° 1368-04. Admisibilidad. Daniel Gerardo Gómez y otros. Costa Rica, 01/11/10, en [www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, SALA III, in re R.O. N° 297 (caso N° 0014-2005-RA), 22/06/06, en "El Derecho" 222-

38.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>.

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, SALA CONSTITUCIONAL TERCERA, in re Recurso de Protección s/derogación de la resolución 2141 del Instituto de Salud Pública, 30/08/01, en "El Derecho" 214-661.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL, in re Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, 15/03/00, en "El Derecho" 214-648.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (Buenos Aires, 1997). Edit. del Puerto.

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, Dictamen sobre las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, 26/11/08, en [www.redlaicos.org.ar/vida/files/Ab-no-pun-dict.pdf](http://www.redlaicos.org.ar/vida/files/Ab-no-pun-dict.pdf)

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, Dictamen sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional (Buenos Aires, 25/08/05), en [www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm](http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm)

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Comunicación, en "La Nación" 23/09/95.

ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J.; LÓPEZ CABANA, Roberto M., Curso de obligaciones, (Buenos Aires, 1989). Edit. Abeledo Perrot. t. I-II.

ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. (directores); AAVV, La Responsabilidad: homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. (Buenos Aires, 1995). Edit. Abeledo Perrot.

ALTERINI, Atilio A. y AAVV, Derecho de familia, obra colectiva en homenaje a María Josefa MENDEZ COSTA, (Santa Fe, 1990). Edit. Rubinzal Culzoni.

ANDORNO, Roberto, La dignidad humana como noción clave en la

Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano. Ponencia presentada al 5° Congreso Mundial de Bioética, (Londres, 21-24 de septiembre de 2000), en [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=969823](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=969823)

ANDRUET, Armando S. (h.), La personalidad del que está por nacer, en "El Derecho" 140-961.

ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, en [webpages.ull.es/users/rlaguna/Laguna15/01.pdf](http://webpages.ull.es/users/rlaguna/Laguna15/01.pdf)

ARISTÓTELES, Sobre el alma, (Madrid, 1967), Edit. Aguilar.

ARIZA CLERICI, Rodolfo, El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en <http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm>

ASTIGUETA, César P., Algo más sobre el derecho a nacer, en "El Derecho" 117-421.

BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino: análisis del Código Penal Argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, (Buenos Aires, 2009). Edit. El Derecho.

BACH DE CHAZAL, Ricardo, Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en [www.eldial.com](http://www.eldial.com).

BAJAXHIU, Agnes Gonxha (Madre Teresa de Calcuta), Discurso en el Desayuno anual de Oración, (Washington D.C., 1994), ante el presidente de Estados Unidos, Bill CLINTON y Al GORE, su vicepresidente, en [http://www.luisprada.com/Protected/madre\\_teresa\\_sobre\\_el\\_aborto.htm](http://www.luisprada.com/Protected/madre_teresa_sobre_el_aborto.htm)

BARRA, Rodolfo C., La protección constitucional del derecho a la vida, (Buenos Aires, 1996). Edit. Abeledo Perrot.

BARRA, Rodolfo C., Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma.

BASSET, Úrsula C., La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, en "El Derecho", 30/08/2006, N° 11.582.

BASSET, Úrsula C., Otra inaceptable embestida contra los niños. Acerca del proyecto de abrogar el Ministerio Pupilar, en "El Derecho", 28/10/2008, N° 12.120.

BASSET, Úrsula, Acerca de la nueva tendencia de que las abuelas pidan autorización para que sus hijas aborten a sus nietos. Consideraciones jurídicas acerca de la grave ilegitimidad de estos procedimientos, en "El Derecho" 224-833.

BASSO, Domingo, Nacer y morir con dignidad: estudios de biogé-

tica contemporánea, 4º edic., (Buenos Aires, 2005). Edit. Lexis Nexis.

BASSO, Domingo, Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico, en "Prudentia Iuris" N° 14, (Buenos Aires, 1984).

BENEDICTO XVI, Discurso a los participantes en un Congreso Internacional sobre la donación de órganos organizado por la Academia Pontificia para la Vida, (Ciudad del Vaticano, 07/11/08), en [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2008/november/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20081107\\_acdlife\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/november/documents/hf_ben-xvi_spe_20081107_acdlife_sp.html)

BENEDICTO XVI, Discurso a los participantes en el Congreso Internacional promovido por la Universidad Pontificia Lateranense, en el 40º aniversario del la Carta Encíclica Humanæ vitæ (10/05/08), en "L'Osservatore Romano", 11/05/08, pág. 1.

BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, (Buenos Aires, 1995). Edit. Ediar.

BLANCO, Guillermo P., Curso de antropología filosófica, (Buenos Aires, 2002). Edit. Educa.

BOGGIANO, Antonio. Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos. (Buenos Aires, 1995). Edit. La Ley.

BORDA, Guillermo A., Manual de derecho de familia, 10a. edic., (Buenos Aires, 1988). Edit. Abeledo Perrot.

BOSCH, Margarita, Los desafíos de la bioética en el siglo XXI: nueva genética, manipulación y progreso, en "Vida y Ética", Año 5, N° 1, (Buenos Aires, 2004).

BOSSERT, Gustavo A.; ZANONI, Eduardo A., Manual de derecho de familia, 4a. edic., (Buenos Aires, 1996). Edit. Astrea.

BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos: cónyuges, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales, 3a. reimp., (Buenos Aires, 1999). Edit. Astrea.

BURGO VELASCO, Juan M., Persona versus ser humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate, en "Cuadernos de Bioética" XIX, 2008/3ª.

CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión, (Montevideo-Buenos Aires, 2006). Edit. Edisofer. t. I-II.

CARRIÓ, Genaro R., Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes, Reimp. (Buenos Aires, 1995). Edit. Abeledo Perrot.

CARTASSO, Guillermo, Ley de Salud Reproductiva: Diálogo con Senadores y Diputados, en "Vida y Ética", Año 2, N° 2, (Buenos Aires, 2001).

CASAU BÓN, Juan A., Actitudes gnoseológicas y concepciones de la norma jurídica, en "Prudentia Iuris" N° 14, (Buenos Aires, 1984).

CELS, Estado de los hospitales públicos del país, en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/anexo\\_hospitales.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/anexo_hospitales.pdf)

CENTRO DE BIOÉTICA PERSONA Y FAMILIA, El Consejo de Europa pide prohibición del aborto selectivo por razón del sexo, en <http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/aborto/europa-pide-prohibicion-del-aborto-selectivo.html>

CENTRO DE ESTUDIO A DISTANCIA "SAN BRUNO OBISPO DE SEGNI". Apuntes de clases de Filosofía de la Naturaleza I, (Roma, 2005), en formato digital.

CIANCIARDO, Juan, El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo (Buenos Aires, 2007). Edit. Ad Hoc. Prólogo a cargo de Pedro SERNA.

CODESIO, Eduardo A.; DE MARTINI, Siro M.A., El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino, (Buenos Aires 2005). Edit. El Derecho. Colección académica.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 51 periodo de sesiones, 3 de mayo-23 de julio de 1999, (Nueva York, 1999). Edit. Naciones Unidas.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14, en <http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf>

CONCILIO VATICANO II, Constitución Pastoral Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual, 07/12/65, en [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html)

CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA. COMISIÓN EPISCOPAL DE FE Y CULTURA, Familia y Vida: Compendio de cuestiones legislativas, 1º edic. (Buenos Aires, 2004). Edit. Oficina del Libro.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración sobre el aborto procurado, AAS 66 (1974), 18/11/74, en <http://www.aciprensa.com/aborto/declaracion.htm>.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración Iura et bona. Sobre la eutanasia, 05/05/80, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

CORRAL TALCIANI, Hernán, El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, en "Ius et Praxis", 11 (1): 37 53, 2005. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_)

arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&nrm=iso

CORRAL TALCIANI, Hernán, El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria, en "Revista Chilena de Derecho", Vol. 17 (2), 1990, págs. 301-321.

D'ANTONIO, Daniel H., Patria potestad, (Buenos Aires, 1979). Edit. Astrea.

D'ANTONIO, Daniel H., Actividad jurídica de los menores de edad, 2a. edic., (Santa Fe, 1992). Edit. Rubinzal Culzoni.

DARWIN, Charles, El Origen de las Especies, 1º edic., (Barcelona, 2003). Edit. del Aguazul.

DÁVALOS, Corina, La ley que con más frecuencia usamos, la más democrática de todas, es la ley natural, Entrevista realizada a la Prof. Ana Marta González, Directora de las XLIV Reuniones Filosóficas: "La ley natural", Universidad de Navarra, Pamplona, 27-29/03/06, en <http://www.opusdei.org.co/art.php?p=14606>

DE MARTINI, Siro M. A., Ante un proyecto genocida, en "El Derecho", 21/09/06.

DEL RÍO, Mónica, Aborto en Chubut: un indefenso sin defensor, en Boletín electrónico "Notivida" Año X, Nº 676, 26/03/10.

DEL RÍO, Mónica, Abortos en Chubut. Política del hecho consumado para la aniquilación de inocentes, en Boletín electrónico "Notivida" Año X, Nº 675, 23/03/10.

DENZINGER, Enrique, El magisterio de la Iglesia, (Barcelona, 1963). Edit. Herder.

DEVLIN, T. M., Bioquímica, 4ª edic., (Barcelona, 2004). Edit. Reverté.

DI PIETRO, María L., Sexualidad y procreación humana, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA.

ERRÁZQUIN, Alicia, ¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia, ponencia presentada en III Jornadas Nacionales y I Iberoamericanas de Derecho Natural, Paraná, 2005.

ERRÁZQUIN, Alicia, Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano, en "El Derecho Diario especial de Política Criminal", 08/09/05.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Parte especial, 12º edic. puesta al día sobre la base del tratado de derecho penal actualizado por Guillermo A. C. LEDESMA, (Buenos Aires, 1989). Edit. Abeledo Perrot.

GARCÍA ELORRIO, Aurelio y SCALA, Jorge, Irreformabilidad de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Portal de Belén. Artículo elaborado en base a la ponencia que los autores presentaron en las Primeras Jornadas de Derecho Privado de la Región Centro, San Francisco (Córdoba), octubre de 2004. En "El Derecho", 211-899.

GARCÍA TORRES, Tristán, El delito de aborto, presentado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, celebradas en Río Gallegos, (Río Gallegos, 1981).

GARCÍA TORRES, Tristán, La vida y el aborto, en "Doctrina Judicial", Año V, Nº 33, 19/07/89.

GARCÍA TORRES, Tristán, Algunas consideraciones acerca de la incriminación de la tenencia de estupefacientes, en "La Ley", 03/05/85.

GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 2º edic. ampliada y actualizada, (Buenos Aires, 2003). Edit. La Ley.

GELLI, María A., El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones, en "La Ley", 1996-A-1455.

GILARDENGHI, Aníbal, La Defensa Pública Oficial en Argentina. Ponencia presentada en el Primer encuentro de la Defensa Pública Oficial Argentina, desarrollado en Córdoba 2003, en <http://www.mpd.gov.ar/>

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, (Buenos Aires, 2000). Edit. Ediar.

GILSON, Etienne, El realismo metódico, Nueva traducción de Valentín García Yebra; introducción de Eudaldo FORMENT (Madrid, 1997). Edit. Encuentro.

GORDILLO, Agustín, El método en derecho: Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer, Reimp. (Buenos Aires, 1999), Edit. Civitas.

GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, Hacia una ontología del embrión humano: biofilosofía, biología del desarrollo e individuación humana, ponencia presentada en el Tercer Congreso Internacional de la Federación Internacional de Centros e Instituciones de Bioética de Inspiración Personalista: "Análisis de la Declaración sobre las normas universales de Bioética de la UNESCO". (Ciudad de México, 29/09/05), en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. III. Historia. Diálogo histórico-crítico con algunas doctrinas iusfilosóficas, en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. IV. Derecho. 2 Conocimiento, en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Clases de Filosofía del Derecho. (Mar del Plata, 2002). Edit. Instituto de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y

Fundamentos del Orden Político-Jurídico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA. t. IV. Derecho. 2 Sentido de los términos, en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Ensayo de una radiografía del garantoabolicionismo (Primera aproximación), Conferencia dictada en el II Congreso de Filosofía del Derecho, Jornadas de derecho natural, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2-5/09/09, en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Si Dios no existe, ¿todo está permitido?: 8 Tesis sobre Dios y la doctrina de la justicia, Exposición en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Natural (Paraná, 2005), en un panel integrado además por los Dres. Camilo TALE y Rodolfo VIGO, en formato digital.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Sacheri: predicar y morir por la Argentina, (Buenos Aires, 2007). Edit. Vórtice.

HERNÁNDEZ, Héctor H., Salvar vidas con el derecho penal (Testimonio), en "Diario de Política Criminal de El Derecho", 08/09/05.

HERRERA, Daniel A., La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la Evangelium Vitae, en "El Derecho. Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal", 07/07/08, N° 12.043.

HONINGS, Bonifacio, La carta de los agentes pastorales. Una síntesis de ética hipocrática y moral cristiana, en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/hlthwork/](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/hlthwork/documents/rc_pc_hlthwork_doc_30061997_honings_sp.html)

documents/rc\_pc\_hlthwork\_doc\_30061997\_honings\_sp.html  
HUMAN RIGHTS COMMITTEE CONCLUDES SEVENTIETH SESSION 3, Press Release. HR/CT/589, November 2000 (Comité de derechos humanos. Conclusión N° 3 de la Septuagésima Sesión. Informe de prensa HR/CT/589. Noviembre 2000), en [www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,,,ZMB,3f588efa7,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,,,ZMB,3f588efa7,0.html). Traducción propia.

HUXLEY, Aldous, Brave New World, (Un mundo feliz) 28° edic., (s/l, 1994). Edit. Flamingo. Traducción propia.

JARACH, Dino, Finanzas Públicas y derecho tributario, 3° edic., (Buenos Aires, 2003). Edit. Abeledo Perrot.

JUAN PABLO II, Carta Encíclica Mater et magistra, (Ciudad del Vaticano, 15 de mayo de 1961), III: AAS 53 (1961), 447.

JUAN PABLO II, Carta apostólica Salvifici Doloris sobre el sentido cristiano del sufrimiento humano, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_letters/](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_11021984_salvifici-doloris_sp.html)

documents/hf\_jp-ii\_apl\_11021984\_salvifici-doloris\_sp.html

JUAN PABLO II, Carta Encíclica Evangelium vitae sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, (Ciudad del Vaticano, 25/03/95),

AAS 87 (1995), en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html)

JUAN PABLO II, Carta Encíclica Veritatis splendor, 06/08/93, AAS 85 (1993), en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jpii\\_enc\\_06081993\\_veritatis-splendor\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html).

JUAN PABLO II, Ángelus del 31 de julio de 1994, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/angelus/1994/index\\_sp.htm](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/angelus/1994/index_sp.htm)

JUAN PABLO II, Mensaje en ocasión de la Fiesta de la Familia organizada por la diócesis de Roma, 06/02/99, en [http://www.vatican.net/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_01021997\\_rio-info\\_sp.html](http://www.vatican.net/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_01021997_rio-info_sp.html)

JUAN PABLO II, Carta al nuncio apostólico de Polonia en ocasión de la Conferencia Internacional sobre "Conflicto de intereses y su significado en la ciencia y en la medicina", 25/03/02, en <http://www.radiovaticana.org/spagnolo/archivospa/2002/02abril/15%20abril.htm>

JUAN PABLO II, Discurso dirigido a los participantes de la asamblea plenaria de la Pontificia Academia para la Vida, 21/02/04, [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/laity/laity\\_sp/pubblicazioni/rc\\_pc\\_laity\\_doc\\_20091217\\_notiziario-18-2009\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/laity/laity_sp/pubblicazioni/rc_pc_laity_doc_20091217_notiziario-18-2009_sp.html).

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, (Bs. As., 2011). Edit. Educa.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética, en "Prudentia Iuris", N° 60, (Bs. Aires, 2005). Edit. EDUCA.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Reflexiones sobre el llamado "aborto terapéutico", en <http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/articulos/Aborto%20-%20Reflexionessobreelllamadoabortoterapeutico.htm>

LAFFERRIÈRE, Nicolás, Los derechos de la persona por nacer, En "Jornada: S.O.S. Votemos por la vida II", (Buenos Aires, 1998). Edit. H. Cámara de Diputados de la Nación.

LAMAS, Félix A., Ensayo sobre el Orden Social, (Buenos Aires, 1984). Edit. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

LAMAS, Félix A., La experiencia jurídica, (Buenos Aires, 1991). Edit. Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino".

LEJEUNE, Jérôme, ¿Que es el embrión humano?, (Madrid, 1993). Edit. Rialp.

LEWIS, Clives S., La abolición del hombre, (Madrid, 1990). Edic. Encuentro

LIMODIO, Gabriel, La enseñanza del derecho privado: un aporte desde el realismo jurídico, en "Prudentia Iuris", N° 60, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA.

LIMODIO, Gabriel, El proyecto de ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo, en "El Derecho" 238, 18/06/2010, N° 12.527.

LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 4a. edic., (Buenos Aires, 1970). Edit. Abeledo Perrot.

MAIA, José L., El Presupuesto Nacional y el contexto macroeconómico, 6º Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales, Laborales y Agropecuarias. Consejo Profesional de Ciencias Económicas. (Rosario, 26/09/08). En [http://www.cpcesfe2.org.ar/cgce/jornadas/Jornadas\\_Tributarias\\_6/Presentaciones/Conferencias/MAIA%20J%20L%20%20E%20presupuesto%20nacional.pps#280,1](http://www.cpcesfe2.org.ar/cgce/jornadas/Jornadas_Tributarias_6/Presentaciones/Conferencias/MAIA%20J%20L%20%20E%20presupuesto%20nacional.pps#280,1)

MARRAMA, Silvia, Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, en Revista "El Derecho" [245] 11/11/2011, N° 12.875.

MARRAMA, Silvia, A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo "del reino del revés", (nota a fallo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO in re N., R.F. s/Abuso sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones S/ CASACIÓN, 11/05/2011), en "El Derecho" [243] (18/07/2011, nro 12.793).

MARRAMA, Silvia, La autonomía del paciente es relativa, en "El Derecho" 22/11/2011, N° 12.882. Boletín de Bioderecho IX.

MARRAMA, Silvia E., Un indefenso con "esforzada" Defensora. In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el período 1930-1943, en "El Derecho Diario de Política Criminal", 02/06/10.

MARRAMA, Silvia E., Principio de no regresión en los derechos humanos y el derecho a la vida, en "El Derecho" 229-733.

MARRAMA, Silvia E., ¿Derecho a la libre elección de estilos de vida o derecho a la vida y salud de los argentinos? Reflexiones sobre la disidencia del Dr. Lorenzetti en el caso "Mujeres por la Vida Asociación civil sin fines de lucro -filial Córdoba- c. Estado Nacional" (CS, 31-10-06), en "El Derecho" 222-803.

MARRAMA, Silvia, ¿La Corte autorizó el aborto en caso de anencefalia? Análisis del caso Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. (CSJN 11 de enero de 2001), en "Revista Duc In Altum" de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná, N° 9, diciembre de 2004.

MARRAMA, Silvia E., Los cimientos de la Argentina en jaque: Plan Federal de Salud, en "Revista Gladius" N° 68, 2006.

MARRAMA, Silvia E., Carta de lectores sobre la ratificación del Protocolo Facultativo del CEDAW, en "El Diario de Paraná", 20/11/06.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio J. Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social, 2º edic. corregida y actualizada. 1º reimp., (Buenos Aires, 1991). Edit. Astrea.

MASSINI, Carlos I. y SERNA, Pedro, El derecho a la vida, (Pamplona, 1998). Edit. Eunsa.

MAYO, Jorge A., Responsabilidad Civil por los daños causados por cosas inertes, en "El Derecho" 170-997.

MAZZINGHI, Jorge A., Derecho de familia, (Buenos Aires, 1970). Edit. Abeledo Perrot. t. I-II-III.

MÉNDEZ COSTA, María J.; D'ANTONIO, Daniel H., Derecho de familia, (Santa Fe, 1990). Edit. Rubinzal Culzoni. t. I-II-III.

MEINVIELLE, Julio, Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana, (Buenos Aires, 1948). Edic. Nuestro tiempo.

MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana, Constitución y poder político: jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación, (Buenos Aires, 1995). Editorial Astrea.

MOIA, Ángel L. y FORNARI, Guillermo F., El derecho de nacer: graves reparos morales y jurídicos a una Ley de la ciudad de Buenos Aires que permite adelantar el momento del parto, en "Revista Duc in Altum", N° 5, (Paraná, 2003).

MOIA, Ángel L., Tesina final del Postgrado de daños, presentada en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, 2010), inédita, en formato digital.

MONTEJANO, Bernardino (h), Curso de derecho natural, 4º edic. actualizada, (Buenos Aires, 1986). Edit. Abeledo Perrot.

MONTEJANO, Bernardino (h), Familia y Nación Histórica, (Buenos Aires, 1986). Edic. del Cruzamante.

MONTEJANO, Bernardino (h), Poder jurídico y derecho natural, Conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Natural organizadas por la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", Facultad de Derecho, Subsede Paraná, (Paraná, 02/10/05), inédita, en formato digital.

MONTESANO, María I., ¿Aborto terapéutico?, en "Prudentia Iuris", N° 60, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA.

MORELLI, Mariano, Bioética, procreación y derecho penal. Un "nuevo" Código que nacería "viejo", en "El Derecho", 21/09/06.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Constitución, (Nueva York, 19/06/46), en Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100. Reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6

y WHA51.23).

OTERO DE PARGA, Milagros, ¿Qué valores defienden los iusnaturalistas?, en "Prudentia Iuris", N° 60, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA.

OVIEDO, Laura, La Ley de Presupuesto en la reforma constitucional de 1994: Su relación con los Derechos Humanos, en <http://www.eldial.com.ar/suplementos/Administrativo/>

[tcdNP.asp?id=4104&id\\_publicar=6749&fecha\\_publicar=12/12/2008&camara=Doctrina#\\_ftn1](http://www.eldial.com.ar/suplementos/Administrativo/tcdNP.asp?id=4104&id_publicar=6749&fecha_publicar=12/12/2008&camara=Doctrina#_ftn1)

PABLO VI, Encíclica Humanae Vitae, 25/07/68, AAS 60 (1968), en [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_sp.html)

PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil. Sujetos del Proceso, 5° Reimp., (Buenos Aires, 1994). Edit. Abeledo Perrot.

PARDO CABALLOS, Antonio, La determinación del comienzo de la vida humana: cuestiones de método, en "Cuadernos de Bioética" XVIII, 2007/3ª.

PARDO CABALLOS, Antonio, Retirar el respirador y otros medios técnicos a un paciente ¿Equivaldría a matar al paciente?, en [http://www.iglesia.org/articulos/euta2\\_03.php](http://www.iglesia.org/articulos/euta2_03.php)

PÉREZ ADÁN, José, El Síndrome del coronel Nicholson, en "Tribuna Libre", 21/09/03, [www.elconfidencialdigital.com](http://www.elconfidencialdigital.com).

PIÑÓN, Benjamín P.; MOIA, Ángel L., El inicio de la persona física, (Paraná, 2003), en "Revista Duc in altum" N° 3.

PÍO XII, Discurso a los participantes en la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial, 30/09/54, en [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xii/speeches/1954/documents/](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1954/documents/)

[hf\\_p-xii\\_spe\\_19540930\\_viii-assamblea-medica\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19540930_viii-assamblea-medica_sp.html)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, SEDE PARANÁ, Declaración de la Facultad de Derecho, en "El Diario de Paraná", 08/09/07.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, Lexicon: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas, (Madrid, 2004). Ediciones Palabra.

PUY, Francisco, ¿Quiénes son los iusnaturalistas hoy?, en "Prudentia Iuris", N° 60, (Buenos Aires, 2005). Edit. EDUCA.

QUINTANA, Eduardo M., El derecho a la vida, (Buenos Aires, 02/03/11), en "Diario de Filosofía del Derecho" de "El Derecho" Año XLIX N° 12.703.

QUINTANA, Eduardo M., Derecho y moral: ¿separación o subalternación?, en "El Derecho", (Buenos Aires, 19/01/93), Año XXXI, N° 8164.

QUINTANA, Eduardo M., Las relaciones entre el orden ético y el orden jurídico, (Buenos Aires, s/f), en formato digital. Inédito.

QUINTANA, Eduardo M., Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo (Buenos Aires, 2008). Edit. EDUCA.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, Los derechos constitucionales como "derechos naturales": el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio Los derechos constitucionales como "derechos naturales": el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio, en "Jurisprudencia Argentina" 1999-IV-1200.

RAMÍREZ, Santiago, Pueblo y gobernantes al servicio del Bien Común, (Madrid, 1951). Inédita.

RAY, Carlos A., Comentarios sobre el embarazo y nacimiento de niños con anencefalia, en "El Derecho", 191-438.

RAY, Carlos A.; CARRANZA CASARES, Carlos, Aborto y principio de la causa del doble efecto, en [http://aica.org/aica/documentos\\_files/Otros\\_Documentos/Aborto\\_Salud\\_Reproductiva/2003\\_Aborto\\_Doble\\_Efecto.ht](http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Aborto_Salud_Reproductiva/2003_Aborto_Doble_Efecto.ht)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia Española, 22º edic. [www.rae.es](http://www.rae.es).

RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil, Parte general, (Buenos Aires, s/f). Edit. Abeledo Perrot.

RODRÍGUEZ, Victorino, Estudios de antropología teológica, (Madrid, s/f.). Edit. Speiro, S.A.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La persona antes de nacer, en "El Derecho" 163-972.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, Aproximación a la persona antes de nacer, 2º ed. (Buenos Aires, 2006). Edit. Educa.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, Agresiones contra la vida inocente en el mundo contemporáneo, (Buenos Aires, 11/07/07). Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Edición de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ROYO MARÍN, Antonio, Teología de la salvación, (Madrid, 1997). Edit. Biblioteca de Autores Cristianos.

ROYO MARÍN, Antonio, Teología Moral para Seglares, (Madrid, 1995). Edit. Biblioteca de Autores Cristianos. T. II.

SACHERI, Carlos A., Santo Tomás y el orden social, en "Verbo", N° 152, (Buenos Aires, 1975).

SACHERI, Carlos A., Función del Estado en la economía social, en "Verbo", N° 75 (Buenos Aires, 1967).

SÁENZ, Alfredo, La nave y las tempestades, (Buenos Aires, 2003-



2009). Edit. Gladius. T. VII (La revolución Francesa: La revolución cultural), T. VIII (La revolución Francesa: La revolución destada) y T. IX (La revolución Francesa: Cuatro pensadores contrarrevolucionarios).

SAMBRIZZI, Eduardo A., La cultura de la muerte, en "La Ley", 2008 D, 04/07/08.

SANAHUJA, Juan C., El desarrollo sustentable: la nueva ética internacional, (Buenos Aires, 2003). Edit. Vórtice.

SANAHUJA, Juan C., ONU-Perú: La perversión de los derechos humanos por los Comités de Derechos Humanos. El aborto derecho humano, en el Boletín electrónico "Noticias Globales" N° 747, 20/11/05, <http://www.noticiasglobales.org/comunicacionDetalle.asp?Id=843>

SCALA, Jorge; GARCIA ELORRIO, Aurelio; HERNANDEZ, Héctor; SCARINCI DE DELBOSCO, Paola, Derechos humanos: 7 casos controversiales en América Latina. Prólogo de Hermes Navarro del Valle, (San José de Costa Rica, 2002). Edit. Promesa. Temas de actualidad N° 7.

SCALA, Jorge, ¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI, Prolog. por José Ignacio CAFFERATA, 1° edic., (San José de Costa Rica, 2002). Edit. Promesa. Serie: Temas de Actualidad N° 6.

SCALA, Jorge, Principios falsos y verdaderos de la bioética. Material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de Universidad Libre de las Américas, 2007, en formato digital.

SCALA, Jorge, Recrear la cultura de la vida: Principios fundacionales de la bioética, 1° edic., (San José de Costa Rica, 2006). Edit. Promesa.

SCALA, Jorge, El "Código da Kirchner" y la vida humana, en "El Derecho", 21/09/06.

SCALA, Jorge, Se presenta como amicus curiae, (Río Negro, 07/04/11), presentación ante el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro in re NAHUEL PAN, ROLANDO FABIAN s/ABUSO SEXUAL s/INCIDENTE DE SOLICITUD DE INTERRUPCION DE EMBARAZO s/CASACIÓN (Expte. N° 24619/2010 STJRN SP).

SCALA, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad de la vida humana y su dignidad, en [http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge\\_Scala.htm](http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge_Scala.htm)

SCALA, Jorge, Lobbyistas de los Derechos Humanos en clave de género, en "Revista Arbil", N° 81, en <http://adopcionesespirituales.blogspot.com/2008/06/lobbyistas-de-los-derechos-humanos-en.html>

SCALA, JORGE, Comienzo de la vida humana: Implicancias jurídicas, en "El Derecho" 204-809.

SCALA, Jorge, Homicidio prenatal postmoderno. En "El Derecho Diario de Política Criminal", 02/06/10.

SCALA, Jorge, Dictamen sobre el proyecto de reformas al Código Penal Argentino, en formato digital.

SCALA, Jorge, Algunos derechos constitucionales de los padres respecto de sus hijos menores, en "El Derecho" 180-1552.

SCALA, Jorge, Ecuador prohíbe la "píldora del día después". Vigencia internacional del caso "Portal de Belén", en "El Derecho" 222-44.

SCALA, Jorge, La objeción de conciencia como antesala del ius resistendi, en "El Derecho" 227-123.

SCALA, Jorge, Uniones homosexuales y derechos humanos, en "Persona y Bioética", enero-junio año/Vol. 9, N° 024, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia.

SEGOVIA, J. F., Recensión al libro de Carlos I. Massini Correas, La falacia de la falacia naturalista, (Mendoza, 1995). Edit. EDIUM. en <http://www.um.edu.ar/um/resenia/rese10/massini.htm>

SHELL, Patricia Elena, El principio de individuación en De unitate intellectus, (Buenos Aires, 1992). Trabajo inédito, en formato digital.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, (Buenos Aires, 2000). Edit. La Ley.

SGRECCIA, Elio, Manual de bioética, (México 1994). Edit. Diana.

SIEBERT, Marta; DELGADO, Cristina G. de; SCALA, Jorge; PASQUAL, Lorenzo; BERGONZO DE ARCAGNI, Silvia; SANAHUJA, Juan C.; DELGADO, Juan Manuel; La mujer hoy después de Pekín, (Rosario, 1995). J.C. Ediciones.

SILVESTRE, José L., Paciente con paciencia, en "Página 12", 29/09/08. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-112421-2008-09-29.html>

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, (Buenos Aires, 1951). Edit. TEA.

SOTO KLOSS, Eduardo, Derecho administrativo, (Chile, 1996). t. 1. Apéndice 2: La dignidad de la persona humana: noción y fundamentos.

TALE, Camilo (Director); HERNÁNDEZ, Héctor H.; AZAR, Aldo M.; ASSAF DE VIEJOBUEÑO, Graciela E.; MORELLI, Mariano G.; TALE, Camilo; LASCURAIN, Raúl A.; MORÓN ALCAIN, Eduardo; SÁNCHEZ PARODI, Horacio M.; FARIÁS GÓMEZ, Claudia; MENEGHINI, Mario; OSSANDOM, Juan C.; PORTELA, Jorge G., Persona, Sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política (Córdoba, 1998). Edit. del Copista. Biblioteca jurídica.

TALE, Camilo, Dos cuestiones: si el "derecho a la vida" es el derecho supremo; si la vida humana es el más valioso de los bienes terrenales

del hombre, en "El Derecho. Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal", 14/07/08, N° 12.047.

TALE, Camilo, Reseña del II Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política y V Jornadas Nacionales de Derecho Natural, realizado en San Juan del 3 al 5 de setiembre de 2009, en "El Derecho", 18/11/09.

TALE, Camilo, El valor de la ley positiva, en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)

TOLLER, Fernando M, Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (Diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada), en "El Derecho", 11/08/06. Formato digital.

TOLLER, Fernando, Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos, en "Jurisprudencia Argentina", 2006-I-1025/1036.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino: texto latino de la edición crítica Leonina. Traducción y anotaciones por una Comisión de PP Dominicanos presidida por el Excmo. y Rvdmo Sr. Dr. Francisco BARBADO VIEJO, o.p. (Madrid, 1959) Edit. Biblioteca de autores cristianos.

WEBER, Max, Economía y Sociedad, (México, 1977). Edit. Fondo de Cultura Económica.

WIDOW, Juan Antonio, El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías, (s/l, 2007). Edic. Nueva Hispanidad.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre Fertilización asistida, publicada como "Solicitada" en el Diario La Nación el 23/09/95 en <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm#La%20t%C3%A9cnica%20de%20la%20clonaci%C3%B3n%20artificial%C2%A0>

ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma.

ANDORNO, Roberto, El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro), en "El Derecho", 131-909.

ANDORNO, Roberto. Procreación asistida: Posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos, en "Jurisprudencia Argentina", 1994-III-925.

ANDORNO, Roberto L., Fecundación in vitro y valor de la vida humana, en "El Derecho" 120-947.

ANDORNO, Roberto L., El derecho a la vida: ¿cuándo comienza?, en "El Derecho" 131-904.

ANDORNO, Roberto, La procreación artificial: actual problemática jurídica en Francia, en "El Derecho", 146-593.

ANDORNO, Roberto, La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano. Ponencia presentada al 5° Congreso Mundial de Bioética, Londres, 21-24/09/00, en "Revista de derecho y genoma humano", N° 14, 2001.

ANDRUET, Armando S. (h.), El derecho frente a las amenazas contra la vida humana, en "El Derecho" 149-941.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre, en "El Derecho", 188-993.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., Reglamentación legal nacional de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. Ponencia presentada ante la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (Rosario, 2003), cuyo tema era: "Comienzo de la existencia de la persona humana".

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados, en "El Derecho" 182-1645.

ASTIGUETA, César P., Algo más sobre el derecho a nacer, en "El Derecho" 117-421.

AZNAR, Justo, Alternativas a la utilización de células madre embrionarias con vista a la medicina regenerativa y reparadora, Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre "Clonación y Ética: Realidades y Exageraciones". (Valencia, 17/01/02). Material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas, 2008.

BARBIERI, Javier H., La Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria como técnicas de reproducción asistida atentan contra el derecho a la vida de seres humanos indefensos. Ponencia presentada ante la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas

(Rosario, 2003), cuyo tema era: "Comienzo de la existencia de la persona humana". En [http://www2.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia\\_barbieri.doc](http://www2.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia_barbieri.doc)

BARCO, Gustavo, Vientre se alquila: maternidad en debate, (Buenos Aires, 31/08/2008), Diario "La Nación", en <http://www.lanacion.com.ar/1044703-vientre-se-alquila-maternidad-en-debate>

BARON, Ana, Por la crisis, en EE.UU. subió la venta de semen, pelos y sangre, (15/12/08), Diario Clarin, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/12/15/elmundo/i-01822541.htm>

BARRA, Rodolfo C., Embriones expósitos, en "La Ley" 1996-D-1271.

BARRA, Rodolfo C., El estatuto jurídico del embrión humano, en "El Derecho" 184-1455.

BELLUSCIO, Augusto, La Clonación Humana frente al Derecho, en "Derecho de Familia" (Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia) N° 15. Edit. Abeledo-Perrot.

BIRGIN, Carola, De amor y de ciencia, en "Diario Clarin", 29/06/08, en: <http://www.clarin.com/diario/2008/06/29/sociedad/s-01704306.htm>

BORRERO, Claudia, Editorial de noviembre de 2009, en "Red Latinoamericana de Reproducción Asistida", <http://www.redlara.com/>

BOSCHI, Silvana, Fertilización: 30 años de avances, en "Diario Clarin", 19/07/08, en <http://www.clarin.com/suplementos/mujer/2008/07/19/m-01718140.htm>

BRUCITA, Diana L.; GARCÍA, Silvina Ileana, Derecho a la Identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida. Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños: "Responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos". Buenos Aires, 2-4/10/02. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

CAFARRA, Carlo, La fecundación in vitro: consideraciones antropológicas y éticas, en "Revista Diálogo", (San Rafael, 1994), Vol. VIII, Año 2, segunda época. Edit. del Verbo Encarnado.

CAFFERATA, José I., Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino, en "El Derecho", 130-743.

CALVA MERCADO, María del Pilar, El embrión humano en su fase preimplantatoria. Material inédito, en formato digital.

CAMBRÓN Ascensión, Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos, en: [http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension\\_cambron/fecundacion.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension_cambron/fecundacion.pdf)

CANO, María E., Tutor Especial a los embriones congelados, en "Ae-

quitas virtual", <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrouno/AEQUITAS%20VIRTUAL%20-%20Curador%20a%20los%20embriones%20congelados.pdf>

CANO, María E., Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada, en "Revista Persona", <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

CASAS, María C.; GUERRERO, Mariana C., El respeto a la vida humana temprana (un compromiso bioético y biojurídico). Ponencia presentada en la Comisión "Bioética y derecho civil", 1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, (Buenos Aires, 22-23/08/00), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética y la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

CHIESA, Pedro J.M., El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y de la maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial, Ponencia presentada en la Comisión N° 6 de derecho de familia, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

COLLAZO CHAO, Eliseo, Selección de embriones con finalidad terapéutica: aspectos éticos, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/3ª.

COMISIÓN N° 1 COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA, Conclusiones, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (Rosario, 2003).

COMISIÓN N° 6 DE DERECHO DE FAMILIA, Conclusiones, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

COMISIÓN N° 9 DE DERECHOS DEL PACIENTE, Conclusiones, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

COMITÉ NACIONAL ITALIANO PARA LA BIOÉTICA, L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (La adopción para el nacimiento de los embriones crioconservados y residuales derivados de la procreación médicamente asistida). 18/11/05, En <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>. Traducción propia.

COMITÉ NACIONAL ITALIANO PARA LA BIOÉTICA, Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili (Parecer del Comité Nacional para la Bioética sobre el destino de los embriones derivados del PMA y no implantables), 26/10/07, En <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>.

Traducción propia.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, (Ciudad del Vaticano, 22/02/87), AAS 80 (1988), 70-102, en: [www.vatican.va/.../rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/.../rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html).

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción Dignitas Personae: sobre algunas cuestiones de bioética, (Instrucción sobre la dignidad de la persona: sobre algunas cuestiones de bioética; Ciudad del Vaticano, 12/12/08), en:

[www.vatican.va/.../rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20081208\\_dignitas-personae\\_sp.html](http://www.vatican.va/.../rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html).

CORRAL GARCÍA, Eduardo, La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/2<sup>a</sup>.

D'ANGELO, A.; AMSO, N.; Congelación de embriones para la prevención del síndrome de hiperestimulación ovárica, en "La Biblioteca Cochrane Plus", N° 3, 2008. Oxford, Update Software Ltd.

DE MARTINI, Siro, Acerca de los límites del derecho, "El Derecho", 10/06/09.

DEL RE, Alisa, Reproducción social y reproducción biológica en la Italia del fin de milenio, Istituto di Scienza Politica. Università di Padova. Italia, en:

<http://www.bib.uab.es/pub/papers/02102862n53p25.pdf>

DEL RÍO, Mónica, Media sanción para identidad de género y eutanasia, en Boletín electrónico "Notivida", Año XI, N° 794, 30 de noviembre de 2011, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, Fecundación artificial obtuvo dictamen, en Boletín electrónico "Notivida", Año XI, N° 788, 9 de noviembre de 2011, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, La Comisión de Familia podría despachar fecundación artificial, en Boletín electrónico "Notivida", Año XI, N° 761, 11 de junio de 2011, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, Fecundación artificial gratuita, en Boletín electrónico "Notivida", Año XI, N° 747, 9 de enero de 2011, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, Familia estudia fecundación artificial, en Boletín electrónico "Notivida", Año X, N° 743, 16 de noviembre de 2010, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, Fecundación artificial tiene dictamen de la Comi-

sión de Salud, en Boletín electrónico "Notivida", Año X, N° 742, 10 de noviembre de 2010, <http://www.notivida.org/>

DEL RÍO, Mónica, Podrían dar despacho a fecundación artificial, en Boletín electrónico "Notivida", Año X, N° 740, 8 de noviembre de 2010, <http://www.notivida.org/>

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, María C., La regulación jurídica española del Diagnóstico preimplantatorio en la ley de técnicas de reproducción asistida, en "Derecho y Salud", Vol. 11, enero-junio 2003. Formato digital.

ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, The cryopreservation of human embryos (La criopreservación de embriones humanos), en "Human Reproduction", Vol.16, No.5. 1049-1050, 2001. Traducción propia.

ESTEBENI BALTRA, E.; DE MAYO, Tomás G.; ROJAS, María de los Á.; ARRAZTOA, José A., Tiempo recomendado para una nueva concepción post aborto espontáneo, en "Revista chilena de obstetricia y ginecología", Vol.73, N° 2, (Santiago, 2008). Formato digital.

FERNÁNDEZ BURILLO, Santiago, El "Informe Warnock", Associació Catalana D'Estudis Bioètics, en <http://www.aceb.org/sfb/mw/w7.htm>

FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR, Luis M., ¿Ya no es útil o necesario para el avance científico el término "preembrión"?, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/1<sup>a</sup>.

FERRER COLOMER, Modesto; PASTOR GARCÍA, Luis M., Génesis y uso del término "pre-embrión" en la literatura científica actual, en "Persona y Bioética", Vol. 2, No 2 (1998).

FERRER, Francisco A. M., Procreación Asistida. Panorama Jurídico, (Santa Fe, 1995). Edit. Universidad Nacional del Litoral.

FLYNN, John, Paternidad anónima: Las consecuencias de donar espermia, en "Boletín electrónico Zenit", ZS100620, 20/06/10, [www.zenit.org](http://www.zenit.org).

FONDATION JÉRÔME LEJEUNE, Communiqué de presse: 1er recours en illégalité contre une décision de l'Agence de biomédecine autorisant des recherches sur les cellules embryonnaires humaines (Comunicado de prensa: primer recurso de ilegalidad contra una decisión de la Agencia de Biomedicina que autorizó investigaciones sobre células embrionarias humanas), (Paris, 04/10/10), en: [http://www.fondationlejeune.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=217](http://www.fondationlejeune.org/index.php?option=com_content&task=view&id=217)

FRANCISCO, José, Evolución de la doctrina jurídica en el caso "Perruche", en [http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=226](http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=226)

FUNDAR, Fecundación artificial: estado del debate en el Congreso argentino, en "Gacetilla Virtual", N° 284/09, [http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/gacetillas/sevi\\_284.html](http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/gacetillas/sevi_284.html)

FUNDAR, Fecundación artificial: permisividad actual y demora legislativa, en "Gacetilla Virtual", N° 3/99, [http://www.movimientofundar.org/biblioteca\\_sevi\\_por\\_numero.htm](http://www.movimientofundar.org/biblioteca_sevi_por_numero.htm)

FUSCO, Mauro, La legge sulla provetta diventa realtà tra polemiche, critiche e dubbi di costituzionalità: male minore o etica di stato? (La ley sobre la probeta deviene realidad entre polémicas, críticas y dudas de constitucionalidad: ¿mal menor o ética de estado?), en "Diritto & Diritti", [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_famiglia/fusco.html](http://www.diritto.it/articoli/dir_famiglia/fusco.html). Traducción propia.

GAMBA, Cecilia; MARCOS, María A.; TREVANI, Hugo; VAN DER VELDE, Juan; MARCOS, Cintia Y.; THEILER, Graciela; ROSSI, Jorge; ZELASKO, Marta; FAINBOIM, Leonardo, DEL POZO, Ana E., Banco Público de Sangre de Cordón Umbilical: etapa inicial del Programa No Relacionado en Argentina, en [www.scielo.org.ar/pdf/abcl/v40n4/v40n4a09.pdf](http://www.scielo.org.ar/pdf/abcl/v40n4/v40n4a09.pdf)

GELLER, Bruno, Para elegir el sexo del futuro bebé, (22/12/07), Agencia CyTA-Instituto Leloir, en [http://www.diarioc.com.ar/tecnologia/Para\\_elegir\\_el\\_sexo\\_del\\_futuro\\_bebe/100313](http://www.diarioc.com.ar/tecnologia/Para_elegir_el_sexo_del_futuro_bebe/100313)

GIAMI, Alain, La producción de esperma en el laboratorio: una experiencia subjetiva difícil para los hombres, En "Subjetividad y Procesos Cognitivos", Vol. 14, N° 1, 2010, Pág. 79-102, ISSN impreso: 1666-244X, ISSN electrónico: 1852-7310.

GRADY, Denise, Parents Torn Over Fate of Frozen Embryos, (Padres desgarrados por el destino de los embriones congelados), (New York, 04/12/08), en The New York Times, <http://www.nytimes.com/2008/12/04/us/04embryo.html?pagewanted=all>. Traducción propia.

GROBSTEIN, Clifford, External Human Fertilization (Fertilización humana extracorpórea), en "Scientific American", 240: 57-67 (s/l, 1979), en format digital. Traducción propia.

GUARDATTI, Georgina A., El abuso del derecho y las técnicas de fecundación humana asistida. Maternidad subrogada y filiación materna, Conferencia dictada el 06/10/08 en el curso "Revisión crítica del Derecho Civil, reforma de la ley 17.711" en Homenaje al Dr. Guillermo Borda, a 40 años de la Reforma de la ley 17.711, organizado por el Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo Borda" (Mendoza, 2008).

HERNÁNDEZ, Héctor, La Doctrina del "órgano moral de Occidente" y el documento Dignitas personae, en "El Derecho", 18/11/09.

HERNÁNDEZ, Héctor, Breve comentario al fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

HERNÁNDEZ, Héctor, La dignidad de los chicos, en "Diario La Capital", (Mar del Plata, 05/02/09).

HERNÁNDEZ, Héctor, Una observación procesal y de lógica jurídica al voto Schreginger, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

HERRANZ, Gonzalo, Informe sobre la FIVET, en "Centro de documentación de Bioética" de la Facultad de Medicina, Ciencias y Farmacia. Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/cdb/dhbgfivet.html>

HERRANZ, Gonzalo, El mito del preembrión, en "Centro de documentación" del Departamento de Humanidades Biomédicas. Universidad de Navarra, <http://www.interrogantes.net/Gonzalo-Herranz-El-mito-del-preembrión-Diario-Medico-80II006/menu-id-26.html>

HERRERA, Daniel A., El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica, en "El Derecho Diario de Política Criminal", 08/09/2005, N° 11.338.

HIGHTON, Federico J., Embriones Congelados, a Congelar o Descongelados, en:

<http://www.biotech.bioetica.org/i26.htm>

HUMAN FERTILISATION EMBRYOLOGY AUTHORITY, A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006, (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11/07/07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia.

HVIDTJORN, D.; SCHIEVE, L.; SCHENDEL, D.; JACOBSSON, B.; SVAERKE, C.; THORSEN, P., Cerebral Palsy, Autism Spectrum Disorders, and Developmental Delay in Children Born After Assisted Conception: A Systematic Review and Meta-analysis (Parálisis cerebral, trastornos del espectro autista, y retraso en el desarrollo en niños nacidos de concepciones asistidas: un reporte y meta-análisis sistemático), en "Archives of Pediatric & Adolescent Medicine", 01/01/09; 163(1): 72-83. Traducción propia.

IGLESIAS, Graciela, Destruirán 2500 embriones en Gran Bretaña, en "Diario La Nación", 08/07/96, pág. 13.

INSTITUTO BALEAR DE INFERTILIDAD LABORATORIOS, S.L., Consentimiento informado PVP FIV/ICSI, en <http://catala.ibi-es.com/precios/FO-75-04-BCIPVPFIV-ICSI%202011.pdf>

JOUE DE LA BARREDA, Nicolás, La vida humana: singularidad genética de principio a fin, material de estudio de la Maestría en desarrollo humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas, 2008.

JOVANOVICS, Hugo, Aspectos sociales de las técnicas de fecundación artificial humana: Impacto en el sistema de salud, Conferencia dictada en la "Jornada formativa sobre fecundación in vitro y otras técnicas de fecundación artificial humana" (San Miguel de Tucumán, 05/11/2011), organizada por la Fundación Humanitas et Sapientiae. Inédita.

JUAN PABLO II, Discurso dirigido a los participantes de la asamblea plenaria de la Pontificia Academia para la Vida, 21/02/04, en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

KABLY, Alberto; ESTÉVEZ, Sergio, Fertilización in vitro con transferencia de embriones, en "CEPAM: Revista Dolor, Clínica y Terapia" Vol. VI, Nº 1, 21/04/09.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina, en "El Derecho", [244] (08/09/2011, nro 12.830).

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las técnicas de procreación artificial y su cobertura por el sistema de salud, en "El Derecho", [235] 03/11/2009, Nº 12.372.

LAFFERRIÈRE, Nicolás, Los derechos de la persona por nacer, conferencia dictada en Jornada S.O.S. Votemos por la vida II, (Buenos Aires, 1998). Edit. H. Cámara de Diputados de la Nación. Buenos Aires. Pág. 54-62.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Técnicas de procreación humana: propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos". Buenos Aires, 15 de agosto de 2006), en "El Derecho", 219-58.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las estadísticas británicas sobre tecnologías reproductivas, Centro de Bioética Persona y Familia, en:

<http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/tecnorepro/estbritanicas.html>

LAFFERRIÈRE, Nicolás; PUCHETA, Leonardo, Aborto encubierto en los proyectos de fecundación artificial, (23/11/11), Centro de Bioética Persona y Familia, en:

<http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/tecnorepro/aborto-encubierto.html>

LAFFERRIERE, Nicolás, Interrogantes de la ley de fertilización asisti-

da en la Provincia de Buenos Aires, (Buenos Aires, 14/02/11), en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

LAFFERRIERE, Nicolás, Avanza en Mendoza ley de financiación de la fecundación artificial, (Bs. Aires, 20/06/11), [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

LAZCANO, Jessica, AAVV, Estudio clínico comparativo. Resultado de la vitrificación y desvitrificación de embriones humanos con dos tipos de sistemas abiertos: Cryotop vs Cryolock, en Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción 2010; 2(3):79-83.

LEVY-SHIFF, R.; VAKIL, E.; DIMITROVSKY, L.; ABRAMOVITZ, M.; SHAHAR, N.; HAR-EVEN, D.; GROSS, S.; LERMAN, M.; LEVY, I.; SIROTA, L.; FISH, B., Medical, cognitive, emotional, and behavioral outcomes in school-age children conceived by in-vitro fertilization (Manifestaciones médicas, cognitivas, emocionales y conductuales en niños en edad escolar concebidos por fertilización in vitro), en "Index Copernicus Journals Master List", 27(3):320-329 ICID: 574276, 1998. Traducción propia.

<http://journals.indexcopernicus.com/abstracted.php?level=5&icid=574276>

LÓPEZ BARAHONA Mónica; LUCAS, Ramón; ANTUÑANO ALEA Salvador, La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones, en:

<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1648/articulo.php?id=26064>.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Comunicación materno-filial en el embarazo, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 20, Nº 70, 2009, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; TOMÁS Y GARRIDO, Gloria M., De la totipotencia del cigoto a las células troncales maduras y de reserva, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 20, Nº 70, 2009, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; SÁNCHEZ ABAD, Pedro J., Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 20, Nº 70, 2009, pág 339-355.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿"Resucitan" al inicio del 2009 las células troncales procedentes de embriones?, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 20, Nº 70, 2009,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Ética de la investigación en terapia regenerativa, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 19, Nº 66, 2008, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La falacia de los embriones híbridos, en "Nueva revista de política, cultura y arte", N° 118, 2008, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿Qué hay de nuevo sobre las células troncales?: La utopía de la "Clonación Terapéutica", en "Cuadernos de Bioética", Vol. 18, N° 64, 2007,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias, en "Cuadernos de Bioética", XVII, 2006/3ª.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La discusión bioética sobre la reproducción humana asistida: aspectos biológicos, en "Cuadernos de derecho judicial", N° 11, 2006, en:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, El lobby de las células embrionarias, telón de fondo del fraude de la clonación, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 16, N° 58, 2005,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿Clonación reproductiva "no" y terapéutica "sí"?, en "Nuestro tiempo", N° 607-608, 2005, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Liberar la verdad científica, en "Persona y bioética", Vol. 9, N° 25, 2005, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, ¿Clones humanos?, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 15, N° 55, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La partenogénesis: sin el glamour de la clonación, en "Cuadernos de Bioética" 2004/3ª.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Uso terapéutico e investigación con células troncales humanas: racionalidad científica, en "Cuadernos de Bioética", Vol. 15, N° 53, 2004,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, El ensayo coreano no ha clonado un embrión humano, en "Ibérica: Actualidad tecnológica", N° 472, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Alvaro; Alegre, E.; ALCÁZAR ZAMBRANO, Juan Luis; LÓPEZ, A. S., Does nitric oxide play a role in maternal tolerance towards the foetus? (mini-review), en "Journal of physiology and biochemistry", Vol. 60, N° 3,

2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>. Traducción propia.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Clonación Terapéutica, en "Persona y bioética", Vol. 8, N° 22, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida, en "Persona y bioética", Vol. 8, N° 20, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La racionalidad terapéutica en la medicina regenerativa con células troncales embrionarias o de adulto, en "Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia", N° 43, 2003, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; GONZÁLES DE LA TAJADA, Iranzu, Terapia celular y células madre: II: células madre de adulto, en "Ibérica: Actualidad tecnológica", N° 462, 2003, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; Origen monogenista y unidad del género humano: reconocimiento mutuo y aislamiento procreador, en "Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra", Vol. 32, Fasc. 1, 2000,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=591253>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Destino de los embriones congelados, 10/02/07, en: <http://foropelayo.blogcindario.com/2007/02/00734-destino-de-los-embriones-congelados.html>

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido, en [www.notivida.org](http://www.notivida.org).

LÓPEZ TRUJILLO, Alfonso, Clonación: pérdida de la paternidad y negación de la familia, (s/l, 08/10/03), en:

<http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/documentos%20eclesiales/ClonacionP%E9rdida%20de%20la%20paternidad%20y%20negaci%F3n%20de%20la%20familia.htm>

LORENZETTI, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, (Buenos Aires, 1997). Edit. Rubinzal Culzoni. T. I-II.

LOSADA PESCADOR Agustín, Selección genética de embriones para usar la sangre de su cordón umbilical con un hermano enfermo, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/3ª.

LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana, El desafío bioético de la fecundación asistida. Necesidad de protección jurídica del embrión hu-

mano, en "El Derecho", 163-996.

MADRAZO CABO, José M.; MARCÓ BACH, Javier, El Embrión Humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas. Material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA.

MARELLO, Ellen; con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country (Bogotá, Colombia), FECUNDITAS (Buenos Aires, Argentina), FERTILITAT (Porto Alegre, Brasil), Primer taller de criopreservación de embriones, en "Red Latinoamericana de Reproducción Asistida", 12/96, <http://www.redlara.com/>

MARRAMA, Silvia, ¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?, en "El Derecho Diario de Política Criminal", [245] 06/12/2011, Nº 12.891.

MARRAMA, Silvia, ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, en "El Derecho Diario de Política Criminal", [245] 06/12/2011, Nº 12.891.

MARRAMA, Silvia, ¿Qué alcances tiene la responsabilidad civil que cabe a quienes realizan técnicas de fecundación artificial extracorpórea? Esbozo de una respuesta, en "El Derecho Diario de Política Criminal", [245] 06/12/2011, Nº 12.891.

MARRAMA, Silvia, ¿Qué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?, en "El Derecho Diario de Política Criminal", [245] 06/12/2011, Nº 12.891.

MARRAMA, Silvia, Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar, en "El Derecho", [244] 21/10/2011, Nº 12.860.

MARRAMA, Silvia, Dos campañas que retiñen: alterum non laedere, en "El Derecho" 243, del 14/06/11.

MARRAMA, Silvia, Argentina promueve la abolición de lo humano: avanzan proyectos de ley permisivos de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, en "Revista Familia y Vida" Nº 18, septiembre 2011.

MARRAMA, Silvia E., "La instrumentalización de los niños". Nota a fallo "... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo". Expediente Nº 11.578. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008, en "Revista Gladius", Diciembre 2009.

MARRAMA, Silvia, Un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia, Un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa de San Nicolás de los Arroyos, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia, Análisis de los fallos y sus votos, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia, El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia, La reciente instrucción Dignitas Personæ de la Congregación para la Doctrina de la Fe, en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia E.; HERNÁNDEZ, Héctor H.; MORELLI, Mariano G., Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales), en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MARRAMA, Silvia E., Referendum italiano sobre procreación asistida, en "Revista Duc In Altum" de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná, Nº 10, agosto de 2005.

MARTÍNEZ, NÉSTOR, ¿Es moralmente lícita la adopción prenatal?, en "Revista virtual Fe y Razón" Nº 30, Diciembre 2008. <http://www.feyrazon.org/Revista/FeyRazon30.htm#FV2>

MARTÍNEZ-FRÍAS, María Luisa, Técnicas de reproducción asistida y defectos congénitos: ¿riesgo "teratogénico" o genético?, en Evid Pediatr. 2006; 2: 66.

MASSINI CORREAS, Carlos I., Tecnociencia, eticidad y fecundación "in vitro", en "Sapientia", Vol XLIV, 1989.

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., ¿Por qué no al proyecto Laferrrière-Storani de regulación de la fecundación asistida?, en "El Derecho" 163-985; "Cuadernos de Bioética", Vol. 7, Nº 27, 1996, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2697096>.

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana, Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?, en "El Derecho" 182-1652.

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., La biotecnología y el derecho a la identidad, en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnologia.html>

MAZZINGHI, Jorge A., Reproducción asistida: Sensatez con media sanción, en "El Derecho", 21/08/97.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Breve reflexión sobre la fecundación in vitro, en "La Ley" 1978-C-993.

MEDINA, Graciela; HOOFT, Irene, Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida, en [www.graciela-medina.com/archivos/articulos/pdf/000038.pdf](http://www.graciela-medina.com/archivos/articulos/pdf/000038.pdf)

MOHAJER, Shaya T., El especialista en fertilidad de "Octomamá" pierde su licencia, (Los Ángeles, 01/06/11), The Associated Press, en:



<http://entretenimiento.terra.com.ar/el-especialista-en-fertilidad-de-oc-tomama-pierde-su-licencia,6ce1498a08d40310VgnVCM4000009bf154d0RCRD.html>

MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial, consentimiento informado y mala praxis: Informe de daños psicofísicos en la madre y malformaciones genéticas de la prole que no deben ser omitidos por abogados y jueces, en "El Derecho" (en prensa).

MORELLI Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro (Reflexiones iusfilosóficas), en "Boletín de Bioderecho VII", en "El Derecho", 18/11/09.

MORELLI, Mariano, Reducción embrionaria, (Rosario, 2009). Trabajo inédito, en formato digital.

MORELLI, Mariano, Procreación Artificial. Justicia y Panorama jurídico internacional, en <http://dc112.4shared.com/doc/yZeOmF2X/preview.html>

NAVARINI, Claudia, La disumanità della fecondazione artificiale nel Magistero di Giovanni Paolo II (la deshumanización de la fecundación artificial en el Magisterio de Juan Pablo II), en "Boletín electrónico Zenit", 10/04/2005, Códice: ZI05041020, <http://www.zenit.org/article-4413?l=italian/>. Traducción propia.

NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro. Prolog. por Jorge SCALA, (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad N° 5. Edit. Promesa.

NEYRO, José L., Criopreservación embrionaria y aspectos jurídicos de las Tras, en <http://www.neyro.com/crio.html>

PALACIOS, Santiago, Salud y medicina de la mujer, (s/f, s/l). Edit. Harcourt. Extracto publicado en <http://infertilidad.tripod.com/tecnicas.htm>

PARDO, A., Citología de los 15 primeros días del desarrollo embrionario, en "Cuadernos de Bioética", 3 (1990).

PASQUALINI, Sergio, Técnicas de fertilización, (08/09/04) Instituto Médico Halitus, en: <http://www.halitus.com/home/nota.php?idMenuOn=5&idNoticia=320>

PÉREZ, Elena, La crisis dispara la "venta" de óvulos, (Santiago, 02/02/10), Diario ABC, en: <http://www.abc.es/20100202/galicia-galicia/crisis-dispara-venta-ovulos-20100202.html>

PINTO, Pablo S., Biogénesis y Derecho Penal, en "El Derecho Serie especial-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario", No 9, Año XLIV, 11/10/06.

PIÑÓN, Benjamín P.; MOIA, Ángel L. Ponencia presentada ante la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argen-

tinias (Rosario, 2003), cuyo tema era: "Comienzo de la existencia de la persona humana".

PISANI, Silvia, Divide a España una polémica ley para elegir embriones. Se usará con fines terapéuticos, pero sólo entre hermanos, en "La Nación" del 17/02/06,

[www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota\\_id=781407](http://www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota_id=781407)

PIZZI, Nicolás, Embriones congelados: por primera vez se realizó un censo y se comprobó que en Capital hay más de 12.000, "Diario Clarín", 11/07/07, en:

<http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm>

POMMER T., Ricardo; ARGUELLO B., Begoña; DÍAZ-FONTEVILLA, Marina; MARTÍNEZ, Claudia; FUENTES G., Ariel; FURMAN, Irene; PALOMINO, Alberto; SOTO R., Emiliano; SOVINO, Hugo; DEVOTO C., Luigi, Criopreservación de pronúcleos: rol en el programa de fertilización asistida, en "Revista chilena de obstetricia y ginecología", Vol. 68, N° 4 (Santiago de Chile, 2003).

PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, El embrión humano en la fase de la preimplantación: aspectos científicos y consideraciones bioéticas, (Ciudad del Vaticano, 2006). Edit. Libreria Editrice Vaticana.

PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, Declaración final de la XII Asamblea General, 28/02/06, en:

[www.vatican.va/.../pontifical.../rc\\_pont-acd\\_life\\_doc\\_20060322\\_xii-gen-assembly-final\\_sp.html](http://www.vatican.va/.../pontifical.../rc_pont-acd_life_doc_20060322_xii-gen-assembly-final_sp.html) -

PONTIFICIA ACADEMIA PARA LA VIDA, Declaración sobre la producción y uso científico y terapéutico de las células estaminales embrionarias humanas, 24/08/00, en: <http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/documentos%20eclesiales/Clonacion-Celulas%20estaminales.htm>

PUERTO, Juan J., La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida, en "Acta bioethica", versión On line., Vol. 6 N° 1 (Santiago, junio 2000).

QUINTANA, Eduardo M., QUINTANA, Eduardo M., Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial. Exposición en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural, "Ley Natural y laicidad", en "Prudentia Iuris" N° 66-67, (Buenos Aires, 2009).

QUINTANA, Eduardo M., La fecundación artificial y el lenguaje jurídico, en "Latria", N°183, año 2002, en formato digital.

QUINTANA, Eduardo M., Control Judicial en la fecundación asistida, en "El Derecho", 163-229.

QUINTANA, Eduardo M., Un proyecto contradictorio (derecho a la

vida y manipulación), en "Boletín de Legislación Argentina" N° 28, (Buenos Aires, 15/08/97). Edit. Universitas SRL.

QUINTANA, Eduardo M., Crioconservación y adopción de embriones, en "El Derecho Legislación Argentina", 04/10/96.

QUINTANA, Eduardo M., Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida, en "El Derecho", 147-847.

QUINTANA, Eduardo M., Reiterada tacha judicial respecto de una resolución del INCUCAI regulatoria de la colecta y uso de CPH provenientes del cordón umbilical: nota a fallo CNCont.-adm. Fed., Sala IV, 15/10/2009. Biocordcell Argentina S.A. inc. med. c. EN M° Salud INCUCAI Resol. 69/09 s/proceso de conocimiento, en "El Derecho", 14/04/10, N° 12.482.

QUINTANA, Eduardo M., El costo jurídico de un 'niño de diseño': ¿seres humanos más humanos que otros?, "El Derecho", 09/06/09.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados, en "La Ley", 16/09/05.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006). Análisis de su fracaso a la luz de la cura ventris, en:

<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Ricardo%20D.%20Rabinovich-Berkman>.

Doc.

RAWE, Vanesa, AAVV, Separación magnética por columnas de anexas V: "filtrado molecular" para la selección de espermatozoides no apoptóticos, en Revista de SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) "Reproducción" 2009; 24:104-114.

RE, Alisa del, Reproducción social y reproducción biológica en la Italia del fin de milenio, en "Istituto di Scienza Politica. Università di Padova. Italia",

<http://www.bib.uab.es/pub/papers/02102862n53p25.pdf>

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano en aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida, (Reñaca, 1995), en [www.redlara.com/esp/publicacoes.asp](http://www.redlara.com/esp/publicacoes.asp)

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida. (Santiago de Chile, 1998), en <http://www.redlara.com/>

REDONDO HERMIDA Álvaro, Breves anotaciones sobre la protección del embrión en el ordenamiento jurídico español, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/2<sup>a</sup>.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, La fecundación artificial en el Congreso, en "El Derecho", 174-929.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, El derecho a nacer, en "El Derecho", 96-861.

ROJAS, Ana G., Se alquila vientre en India, Diario El País (Anand-Mumbai, 03/08/2008), en [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes)

ROMANO, Marcelo, Bautismo y Embriones Congelados, Trabajo final presentado en el Curso de Postgrado en Bioderecho, organizado por la Universidad Católica de Cuyo, Sede San Luis, (San Luis, 2008).

SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, (Buenos Aires, 2004). Edit. El Derecho.

SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, (Buenos Aires, 2001). Edit. Abeledo-Perrot.

SAMBRIZZI, Eduardo A., Improcedente medida cautelar que posibilita la maternidad de una homosexual con células germinales de terceros, en "El Derecho", 15/03/10, N° 12.463.

SAMBRIZZI, Eduardo A., Una nueva violación de la ley al ordenarse otra inscripción en el Registro Civil de un niño como hijo de dos mujeres. En "El Derecho" 243 17/08/2011, N° 12.815.

SANTOS RUIZ, Ángel, Instrumentación genética, (España, 1987). Edit. Palabra S.A..

SANTOS RUIZ, Ángel, Vida y espíritu ante la ciencia de hoy, (Madrid, 1970). Edit. Rialp S.A..

SCALA, Jorge, ¿Existe un derecho a tener un hijo? en "El Derecho" Diario de Política Criminal, 06/12/2011, N° 12.891.

SCALA, Jorge, Fivet y Bioderecho: Al fin un fallo justo, en prensa Revista Foro de Córdoba.

SCALA, JORGE, Comienzo de la vida humana: Implicancias jurídicas, en "El Derecho" 204-809.

SCALA, Jorge, Los jueces no son demiurgos, en "Revista Foro de Córdoba", Año XX, N° 137, marzo de 2010.

SCALA, Jorge, Una sentencia ética sobre "bioética": nota a fallo, en Semanario Jurídico n° 1325, del 25/01/01.

SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto, Identità e statuto dell 'embrione umano: il contributo della biologia (Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología), en "Identità e Statuto dell 'embrione umano" (Identidad y estatuto del embrión humano, Ciudad del Vaticano, 1998), Edit. Librería Editrice Vaticana. Traducción propia.

SOCIEDAD MEDICA HOSPITAL ANGELES TIJUANA, SMHAT,

Factor masculino en infertilidad, en <http://smhat.blogspot.com/2011/01/smhat-factor-masculino-en-infertilidad.html>

SPAR, Debora L., *Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, (Barcelona, 2006). Tendencias Editores.

TALE, Camilo, La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos, en "El Derecho", 21/09/06.

THE CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH, División de Andrología y servicios relacionados, en [http://www.reproductivehealthctr.net/spanish/surgicalctr\\_andrology.htm](http://www.reproductivehealthctr.net/spanish/surgicalctr_andrology.htm)

VALBUENA, D.; SIMÓN, C., *Cocultivo embrionario: mejoría de la implantación*, en "Instituto Valenciano de infertilidad", (Valencia, s/f), <http://www.encolombia.com/medicina-reproductiva24299-cocultivo.htm>

VEGA GUTIÉRREZ, A. M.; VEGA GUTIÉRREZ, J. y MARTÍNEZ BAZA, P., *Reproducción asistida en la comunidad europea. Legislación y aspectos bioéticos*, (Valladolid, 1993). Edit. Universidad de Valladolid.

VILLA, Carmen E., Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres, en "Boletín electrónico Zenit", 28/04/2010, Código: ZS 100428, <http://www.zenit.org>

VIVANCO, Luis; BARTOLOMÉ, Blanca; MARTÍNEZ, Alfredo, Tendencia del uso del término "preembrión" en la literatura científica: análisis comparado entre 1999 y 2008, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/3<sup>a</sup>.

WARD KISCHER, C., *The Big Lie In Human Embryology. The Case of the Preembryo* (La gran mentira en embriología humana. El caso del preembrión), en: [http://www.lifeissues.net/writers/kisc/kisc\\_11bigliepreembryo.html#a10](http://www.lifeissues.net/writers/kisc/kisc_11bigliepreembryo.html#a10). Traducción propia.

ZURRIARÁIN, Roberto G., *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, (Madrid. 2007). Edit. Internacionales Universitarias.

ZURRIARÁIN, Roberto G., La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/2<sup>a</sup>.

ZURRIARÁIN, Roberto G., Ley 14/ 2007 de investigación biomédica: el desenlace de la desprotección jurídica en el inicio de la vida humana, en "Cuadernos de Bioética" XX, 2009/1<sup>a</sup>.

## OTRAS PUBLICACIONES

(se consignan según el orden en que se citan).

En Argentina se ha desarrollado una nueva técnica de reproducción asistida utilizando moléculas de espermatozoides apoptóticos, 25/08/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/en-argentina-se-ha-desarrollado-nueva-tecnica-de-reproduccion-asistida-utilizando-moleculas-de-espermatozoides-apoptoticos/>

Argentina, nuevo destino para tratamientos de infertilidad, 20/02/09, en: <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/argentina-nuevo-destino-para-tratamientos-de-infertilidad/>

Dinamarca es una potencia exportadora de semen de donante, 02/10/09, en: <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/dinamarca-es-una-potencia-exportadora-de-semen/>

Las donaciones de óvulos y espermatozoides se han incrementado tras la crisis económica, 04/01/09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/las-donaciones-de-ovulos-y-esperma-se-han-incrementado-tras-la-crisis-economica/>

Células Madre -vida versus vida-: La paradoja de su utilización, en: <http://www.diariojudicial.com/notasdefondo/Celulas-Madre--vida-versus-vida--brLa-paradoja-de-su-utilizacion-20090821-0003.html>

Bioteología: la ciencia va por el ascensor y el derecho por la escalera, (19/03/09), en: <http://www.diariojudicial.com/noticias/Bioteologia-la-ciencia-va-por-el-ascensor-y-el-derecho-por-la-escalera-20090320-0004.html>

Histórica sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, (Luxemburgo, 28/11/11), Agencia informativa AICA en: [http://www.aica.org/index.php?module=displaystory&story\\_id=29492&format=html&fech=2011-11-28](http://www.aica.org/index.php?module=displaystory&story_id=29492&format=html&fech=2011-11-28)

Columnas de anexina, Test de tunel, Desfragmentación ADN, en: <http://nuestromilagroerestu.blogspot.com/2010/02/columnas-de-anexina-tes-de-tunel.html>

La genética, nueva frontera del racismo. Entrevista con el genetista Alex Kahn, presente en la cumbre de la ONU, en "Boletín electrónico Zenit", ZS01090601, 06/09/01. [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

El argentino más buscado por el FBI: Más de 70 mujeres lo denunciaron por apropiarse de su material genético en una clínica de California, Diario La Nación (26/05/01) en: <http://www.lanacion.com.ar/307863-el-argentino-mas-buscado-por-el-fbi>

Caso Irvine: EEUU pedirá a México entrega de médico argentino: Es en el caso de tráfico de óvulos y embriones, (28/12/10) en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/caso-irvine-eeuu-pedira-mexico-entrega-de-medico-argentino>

Publicita Scioli a un polémico especialista: Es Ricardo Asch, quien estuvo 15 años prófugo, Diario La Nación (13/05/11) en <http://www.lanacion.com.ar/1372890-publicita-scioli-a-un-polemico-especialista>

Lesión en la Columna Vertebral, en [http://www.infertilidadonline.com.ar/lesion\\_columna.htm](http://www.infertilidadonline.com.ar/lesion_columna.htm)

La reproducción asistida en cifras, en "Aceprensa" N° 104 del 2003, en: [www.aceprensa.com/](http://www.aceprensa.com/).

Fecundación In Vitro puede generar problemas genéticos, en <http://www.ticovision.com/cgi-bin/index.cgi?action=viewnews&id=6383>

Tiene 47 años y vive en Caballito: Logró quedar embarazada con un embrión congelado hace 10 años, Diario Clarin (04/10/2006) en <http://edant.clarin.com/diario/2006/10/04/sociedad/s-02815.htm>

Selección letal, Editorial del Diario La Nación (Bs As, 22/09/11), en: <http://www.lanacion.com.ar/1408268-seleccion-letal>

Matrimonio abortó a sus gemelos porque quieren una niña, en Diario 7 (15/01/11), en <http://diario7-archivos.blogspot.com/2011/01/matrimonio-aborto-sus-gemelos-porque.html>

Parlamento francés consiente fecundación post-mortem, (11/02/11) en: <http://www.juventudrebelde.cu/ciencia-tecnica/2011-02-11/parlamento-frances-consiente-fecundacion-post-mortem--2/>

El Congreso da luz verde a los "bebés medicamento" con el PP en contra, en "La Razón", <http://www.prensaescrita.com/diarios.php?codigo=S&pagina=http://www.larazon.es>

Editorial, Britain's test tube babies (test británico sobre bebés de probeta), en "Nature", 298 (1982), [www.nature.com/](http://www.nature.com/).

Firme denuncia desde el episcopado español ante la "licencia legal para clonar" personas, en "Boletín electrónico Zenit", ZS06021009, 10/02/2006. [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

Prohíben el uso de óvulos fetales para fecundar mujeres estériles: el método había causado gran polémica en Inglaterra, en "Diario Clarín". 21/06/1994. Edición impresa.

El consumo de tabaco disminuye la fertilidad masculina al afectar a la calidad de los espermatozoides, 29/05/09. En <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/el-tabaco-afecta-la-fertilidad-y-a-toda-la-salud-en-general/>

Un amasijo de células con dos padres que deben poner una X. Se evidencia el sentimiento paterno ante los embriones "sobrantes", constata un especialista: El doctor Carlo Bellieni se hace eco de una investigación de "Le Nouvel Observateur", en "Boletín electrónico Zenit", ZS06062710, [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

Un sistema matemático ayuda a seleccionar los embriones óptimos en tratamientos de fecundación in vitro, en "Reproducción Asistida". 23/02/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/un-sistema-matematico-ayuda-a-seleccionar-los-embryones-optimos-en-tratamientos-de-fecundacion-in-vitro/>

Sanidad aprueba la selección de embriones mediante el diagnóstico preimplantacional en casos de cáncer hereditario, en "Reproducción Asistida". 22/04/09.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/sanidad-estudia-aprobar-la-seleccion-de-embryones-para-evitar-algunos-tipos-de-cancer-hereditario/>

46 familias han solicitado a Sanidad un diagnóstico genético preimplantacional para concebir un hijo sano y compatible con su hermano, en "Reproducción Asistida". 13/03/09.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/46-familias-han-solicitado-a-sanidad-un-diagnostico-genetico-preimplantacional-para-concebir-un-hijo-sano-y-compatible-con-su-hermano/>

El primer bebé nacido en España que cura a su hermano tras ser seleccionado genéticamente, en "Reproducción Asistida". 13/03/09.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/cuerpo-humano/embarazada/el-primer-bebe-nacido-en-espana-que-cura-a-su-hermano-tras-ser-seleccionado-geneticamente/>

Informe, en "Provida Press" N° 321, del 31/09/09. Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida.

Embriones congelados: por primera vez se realizó un censo y se comprobó que en Capital hay más de 12.000, en "Diario Clarín", 11/07/07, en <http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm>

Más de un millón de embriones destruidos en Gran Bretaña en los últimos 14 años, en "Provida Press" N° 321, del 31/09/09. Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida.

El 50% de las parejas andaluzas sometidas a un tratamiento de fecundación in vitro dona los embriones no utilizados para estudios científicos, en "Reproducción Asistida". 28/05/09. <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/el-50-porcentaje-de-parejas-dona-embriones-sobrantes-para-estudios-cientificos/>

Los riesgos de la procreación artificial para el niño: Entrevista de la Agencia Zenit al doctor Carlo Bellieni, en "Boletín electrónico Zenit", ZS04060209, [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

El drama de los hijos de donantes de espermia, (19/08/10) Diario Los Andes, en

<http://www.losandes.com.ar/notas/2010/8/19/drama-hijos-donantes-esperma-509366.asp>

Un estudio indica que los niños concebidos mediante fecundación in vitro presentan mayor riesgo de padecer una enfermedad cardiovascular, en "Reproducción Asistida". 31/08/09.

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/embarazada/los-ninos-nacidos-por-fecundacion-in-vitro-tendrian-mas-problemas-cardiovasculares-que-los-nacidos-de-manera-natural/>

Posibles efectos secundarios de las técnicas de reproducción asistida, en "Provida Press" N° 182, 28/01/05. [www.notivida.com.ar](http://www.notivida.com.ar)

Por error médico se implantó el último embrión de una mujer en tratamiento de fertilidad a otra paciente, en "Revista on line Reproducción Asistida.org", 10 de Agosto de 2009.

<http://www.reproduccionasistida.org>

Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra, en "Revista on line Reproducción Asistida.org", 4 de Agosto de 2009.

<http://www.reproduccionasistida.org>

Polémica: un solo donante de espermia tuvo 150 hijos. Lo descubrió la mamá de uno de ellos en EE. UU., en Diario Clarín del 07/09/11,

[http://www.clarin.com/sociedad/salud/Polemica-solo-donante-esperma-hijos\\_0\\_550145067.html](http://www.clarin.com/sociedad/salud/Polemica-solo-donante-esperma-hijos_0_550145067.html)

Tres millones de niños probeta: Preocupación por las implicaciones éticas, en "Boletín electrónico Zenit", 11/07/06, [www.zenit.org](http://www.zenit.org)

Tiroiditis crónica (Enfermedad de Hashimoto), en MedLine Plus (servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos),

<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000371.htm>

Menopausia precoz, en [http://www.infertilidadonline.com.ar/menop\\_](http://www.infertilidadonline.com.ar/menop_)

precoz.htm

Mortalidad y desnutrición infantil, Editorial de "La Gaceta de Tucumán", 12/06/10, en [http://www.lagaceta.com.ar/nota/383040/opinion/Mortalidad\\_desnutricion\\_infantil.html](http://www.lagaceta.com.ar/nota/383040/opinion/Mortalidad_desnutricion_infantil.html)

Otro caso de anencefalia: Una jueza porteña autorizó la interrupción de un embarazo, en "Diario Clarín", 26/6/01. [www.clarin.com](http://www.clarin.com)

Intervención en la Maternidad Sardá, en "Diario Clarín", 18/01/01. [www.clarin.com](http://www.clarin.com).

Parto prematuro, en <http://escuela.med.puc.cl/paginas/Departamentos/Obstetricia/>

[AltoRiesgo/parto\\_prematuro.html](http://AltoRiesgo/parto_prematuro.html)

Otro caso de anencefalia: Una jueza porteña autorizó la interrupción de un embarazo, en "Diario Clarín", 26/06/01. [www.clarin.com](http://www.clarin.com).

El polémico caso de un feto que sufre anencefalia y no tiene posibilidad de sobrevivir, en "Diario Clarín", 11/01/01, [www.clarin.com](http://www.clarin.com).

Una propuesta para evitar un aborto, en "La Nación", 02/07/05, en: [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=717944](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=717944).

El caso de la joven discapacitada mental: marcha atrás con la interrupción del embarazo. Los médicos no practicarán el aborto, en "La Nación", 03/08/06, [www.lanacion.com.ar/archivoIndexDia.asp?fecha=03/08/2006](http://www.lanacion.com.ar/archivoIndexDia.asp?fecha=03/08/2006).

Derechos humanos e ideología radical de género. Habla el abogado Jorge Scala, en "Boletín electrónico Zenit", ZS05090701, 07/09/05, [www.zenit.org](http://www.zenit.org).

Las Obras Sociales Sindicales frente a la situación del Sistema de Salud, en

[http://www.sancernigimenez.org.ar/obras\\_soc.htm](http://www.sancernigimenez.org.ar/obras_soc.htm)

IOMA: siguen las demoras en los tratamientos especiales, en

<http://www.eldial.com.ar/ediciones/20041104/laciudad18.asp>

Información del Periódico on line "Avvenire", en

[http://www.db.avvenire.it/avvenire/index\\_online.jsp](http://www.db.avvenire.it/avvenire/index_online.jsp). Traducción propia.

Información del Periódico on line "Italia Católica", en

<http://www.italiacattolica.it/modules.php?name=News&file=article&sid=209>. Traducción propia.

Información obtenida de "Impegno Referendum", en

<http://www.impegnoreferendum.it/Extra/4Quesiti/20059212E.htm>. Traducción propia.

Costa Rica rechaza ley de fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 15/06/11), ACI/EWTN Noticias, en <http://www.aciprensa.com/no>

ticia.php?n=33809 Último acceso 29/10/11.

Gobierno descarta aprobar a tiempo plan de fecundación, (San José de Costa Rica, 30/03/11), en

<http://www.nacion.com/2011-03-30/ElPais/NotasSecundarias/ElPais2730888.aspx>

Diputados integran foro para plan de fertilización in vitro, (San José de Costa Rica, 25/02/11), en

<http://www.nacion.com/2011-02-25/ElPais/NotasSecundarias/ElPais2695165.aspx>

Prohíben propaganda contra fecundación in vitro en Costa Rica, agencia AFP (San José de Costa Rica, 30/06/2011), en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/prohiben-propaganda-contra-fecundacion-vitro-en-costa-rica-31641> Último acceso 29/10/11

Costa Rica: Presentan amparos tras censura a campaña católica contra fecundación in vitro, (San José, 30/06/11), ACI/EWTN Noticias, en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=33809> Último acceso 29/10/11.

Corte enjuiciará Costa Rica por prohibir fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 20/10/11), agencia AP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/internacional/corte-enjuiciara-costa-rica-por-prohibir-fecundacion-vitro-49477> Último acceso 29/10/11

Costa Rica busca evitar pena internacional por veda a fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 22/06/11), agencia AFP, en: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/costa-rica-busca-evitar-pena-internacional-por-veda-fecundacion-vitro-30444> Último acceso 29/10/11

Jueces abren puerta a fecundación “in vitro” en Costa Rica, prohibida en el 2000, (San José de Costa Rica, 15/10/08), agencia AFP, en: [http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780\\_301155.html](http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780_301155.html) Último acceso 20/05/11.

Sala Primera anula fallo sobre fecundación in Vitro, (San José de Costa Rica, 19/08/09), en <http://costaricahoy.info/nacionales/sala-primera-anula-fallo-sobre-fecundacion-in-vitro/25079/> Último acceso 29/10/11.

## ÍNDICE

Prólogo-----	7
CAPÍTULO I-----	15
INTRODUCCIÓN-----	15
1. El “por qué” de esta obra-----	15
2. Terminología empleada-----	17
3. Presupuestos-----	20
4. La experiencia como punto de partida y su influencia respecto del método a emplear-----	25
5. Contenido de la obra-----	26
CAPÍTULO II-----	29
TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA-----	29
1. Diversidad de técnicas-----	29
2. La técnica de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria.-----	35
3. La denominación “preembrión”-----	44
3.1. Escaso uso en la literatura científica.-----	44
3.2. Origen del concepto y del término “preembrión”-----	46
3.3. Argumentos desarrollados a posteriori para fundamentar el uso del término “preembrión”-----	51
3.3.1. Inviabilidad-----	51
3.3.2. División embrionaria (gemelación)-----	54
3.3.3. Células embrionarias indiferenciadas (totipotencialidad).-----	58
3.4. Penetración del término “preembrión” en la legislación comparada. --	60
3.5. El verdadero trasfondo del tema-----	69
4. Conclusión-----	71
CAPÍTULO III-----	73
MORALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA-----	73
1. Cuestión previa: se puede hacer un juicio moral en base al ser-----	73
2. El hombre-----	76
2.1. Ser vivo-----	76
2.2. Comienzo de la vida humana-----	78
2.3. Animación-----	82

2.4. Persona	85
2.4.1. Dignidad personal	90
2.5. Hombre, animal social y político	93
2.6. Hombre y mujer	97
2.7. Conyugalidad y dignidad humana	98
2.8. Generación o fabricación	101
2.8.1. La generación, ¿un obrar o un hacer?	104
2.9. Pérdida del sentido del misterio	105
2.10. El derecho al hijo	107
3. Degradación del problema de la esterilidad	109
4. Muerte de embriones	112
4.1. Estadísticas sobre el éxito de las técnicas	114
4.2. Muerte de embriones por selección embrionaria	116
4.3. Muerte de embriones por congelamiento	120
4.3.1. Almacenamiento de los embriones en exceso	125
4.3.2. Condiciones uterinas desfavorables para la transferencia fresca del embrión	125
4.3.3. Disminuir el riesgo del OHSS	126
4.3.4. Reducir costos económicos y emocionales	127
4.3.5. Crioprotectores, ¿de qué protegen?	128
4.3.6. Congelamiento de embriones: ¿hecho público y notorio?	135
4.4. Muerte de embriones por abortos	138
4.4.1. Muerte de embriones por reducción embrionaria	141
4.5. Muerte de embriones por descarte	142
5. Daños a la salud de los niños concebidos extrauterinamente	144
6. Conclusión	149
CAPÍTULO IV	151
ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO	151
1. Introducción	151
2. ¿Qué es el derecho?	151
3. Ley natural y positiva	153
4. Legislación vigente en Argentina	155
5. La persona en los Tratados Constitucionales del art. 75 inc. 22	165
6. Derecho a la vida en la Constitución Argentina	171
6.1. El “derecho a la vida”: precisiones terminológicas	171
6.2. Derecho a la vida en la Constitución tradicional del Estado	173

6.3. Artículo 33 de la Constitución de 1853/60	173
6.4. El derecho a la vida en la Reforma Constitucional de 1994	175
6.4.1. Artículo 75 inc. 22	175
6.4.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño	181
6.5. Preeminencia del derecho a la vida	184
6.6. ¿Cuándo comienza la vida humana?	185
7. La dignidad humana y el derecho a no ser discriminado según los Tratados Constitucionales	192
8. El derecho a la identidad en los Tratados del art. 75 inc. 22	197
9. Derecho infraconstitucional argentino	201
9.1. Existencia de la persona física desde la concepción	201
9.2. Existencia legal y existencia natural de la persona por nacer	204
9.3. Viabilidad de la persona por nacer	205
9.4. Status jurídico del embrión fecundado extracorpóreamente	207
9.5. Capacidad de la persona por nacer	209
9.5.1. Representación paterna	210
9.5.2. Representación legal	211
9.5.2.1. El Defensor de Menores y la persona por nacer	214
9.6. Cosa o persona	215
9.7. Actos de objeto ilícito	217
9.7.1. Crioconservación de embriones	220
9.7.2. Posibles soluciones para los embriones que se encuentran congelados	223
9.7.2.1. Adopción prenatal	225
9.7.2.1.1. Transgresión de la ley natural	225
9.7.2.1.2. Condiciones para la adopción prenatal	230
9.7.2.1.3. Adopción prenatal en el ordenamiento jurídico argentino	235
9.7.2.1.4. Efectos de la adopción prenatal	236
9.7.2.1.5. Determinación de la maternidad y paternidad	237
9.7.2.1.6. Requisito indispensable y previo a la autorización de la adopción prenatal	238
9.7.2.1.7. Maternidad subrogada	238
9.7.2.1.7.1. Maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino	240
9.7.2.1.7.1.1. Determinación de la filiación en caso de maternidad subrogada	241

9.7.2.2. Investigación sobre los embriones “sobrantes” -----	244
9.7.2.2.1. ¿Cuándo se produce la muerte del embrión?-----	245
9.7.2.2.2. La muerte del embrión en el derecho argentino -----	248
9.7.2.2.3. Actos de disposición del cadáver embrionario -----	249
10. Conclusión -----	251
CAPÍTULO V-----	253
JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE FECUNDACIÓN	
EXTRACORPÓREA -----	253
1. Introducción -----	253
2. Fallos que reconocen la condición de persona del	
embrión concebido extracorpóreamente-----	256
2.1. P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias -----	258
2.2. L.A.C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la	
Nación (UPCN) s/ amparo-----	260
2.2.1. Introducción -----	260
2.2.2. Hechos -----	261
2.2.3. Marco legal del caso-----	263
2.2.4. El principio alterum non laedere aplicado al caso-----	265
2.2.5. Conclusión -----	266
2.3. Rabinovich, Ricardo D. s/amparo -----	267
2.3.1. Hechos -----	267
2.3.2. Argumentos del Tribunal -----	269
2.3.2.1. Estado de la cuestión en materia legislativa y jurisprudencial-----	269
2.3.2.2. Derecho aplicable -----	269
2.3.3. Resuelvo-----	273
2.3.4. Algunas consideraciones sobre el fallo-----	275
2.3.4.1. Inviolabilidad de la vida humana-----	275
2.3.4.2. Censo de “ovocitos pronucleados” y embriones congelados -----	276
2.3.4.2.1. Condiciones del censo -----	277
2.3.4.2.2. Contenido del censo -----	277
2.3.4.2.3. Objetivo del censo -----	279
2.3.4.3. El incumplimiento del fallo-----	279
2.3.4.3.1. Negativa de los Centros de fertilidad a cumplir el fallo-----	279
2.3.4.3.2. Tutor especial o curator embrionis -----	281
2.3.4.4. Legitimación activa -----	286
2.3.4.5. Respuesta legislativa-----	286

2.4. R., N.F. - O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial	
de la Nación s/ Amparo-----	288
2.4.1. Introducción -----	288
2.4.2. El caso analizado: hechos y holding -----	288
2.4.3. Los Obiter dicta -----	289
2.4.3.1. Imprecisión del objeto de la demanda y deficiencia probatoria-----	289
2.4.3.2. Inadmisibilidad del amparo como vía procesal idónea -----	290
2.4.3.3. Inexistencia de obligación a cargo de la demandada -----	290
2.4.3.4. Conflicto de derechos versus armonización de intereses -----	290
2.4.4. Algunas precisiones sobre el derecho a la salud -----	292
2.4.5. Cosificación del embrión producido extracorpóreamente -----	298
2.4.6. Conclusión -----	301
3. Cobertura de las obras sociales de los tratamientos de	
fecundación extracorpórea -----	301
3.1. Introducción-----	301
3.2. M.P.E. y Otro c/ Ministerio de Salud-IOMA s/	
amparo: técnica ICSI -----	304
3.2.1. Hechos -----	304
3.2.2. Consideraciones sobre el fallo -----	308
3.2.2.1. El derecho a la procreación-----	308
3.2.2.2. Reinterpretación del derecho a la salud -----	309
3.2.2.3. Métodos conceptivos a cargo del IOMA -----	312
3.2.2.4. Invasión de esferas del Poder Legislativo y Administrador -----	313
3.2.2.5. Desequilibrio de las finanzas de la Obra Social	
y de las finanzas públicas-----	316
3.2.2.6. Objeción de conciencia -----	321
3.2.2.7. Conclusión-----	323
3.3. Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos	
Aires s/Amparo (art. 14 CCABA): técnica ICSI-----	324
3.3.1. Hechos -----	324
3.3.2. Derecho a la salud como completo bienestar -----	324
3.3.3. “Fecundidad a toda costa” -----	325
3.3.4. Deficiencias en materia reproductiva	
¿contempladas en la normativa vigente?-----	327
3.3.5. Desfinanciamiento de la obra social -----	328
3.3.6. Importante disidencia del Dr. CENTANARO -----	328
3.3.6.1. Improcedencia del amparo -----	328



3.3.6.2. Improcedencia de la acción por razones de fondo -----	329
3.3.6.2.1. Falta de precisión legal-----	329
3.3.6.2.2. Financiamiento del sistema y violación de sus principios rectores -----	330
3.3.6.2.3. Violación de la división de poderes -----	331
3.4. ... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo: fecundación con fines terapéuticos para terceros -----	332
3.4.1. Voto del Dr. TAZZA -----	334
3.4.1.1. Agravios de la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (OAM) -----	334
3.4.1.1.2. Derecho a la salud "versus" derecho a la vida -----	334
3.4.1.2. Agravios del Instituto de Obra Médico Asistencial-----	335
3.4.1.2.1. Tratamiento experimental -----	336
3.4.1.2.2. Embriones "restantes" -----	337
3.4.1.2.3. El interés superior del niño... ¿de cuál de los niños involucrados en el fallo? -----	337
3.4.1.2.4. Invasión de la esfera del Poder Legislativo mediante la reinterpretación de normas -----	338
3.4.1.2.5. Cobertura médica para discapacitados no incluye estas técnicas -----	338
3.4.1.2.6. Instrumentalización de la persona y dignidad humana -----	339
3.4.1.2.7. Selección de embriones-----	341
3.4.1.2.8. Status jurídico de estas "formas de vida" -----	344
3.4.1.2.9. Crioconservación -----	345
3.4.1.2.10. Adopción de los embriones crioconservados-----	347
3.4.1.3. Voto del Dr. FERRO -----	348
3.4.1.3.1. ¿Discriminación "de los bebés in vitro"?-----	348
3.4.1.3.2. Objeto social de las asociaciones mutuales-----	348
3.4.1.3.3. Argumento eugenésico -----	349
3.4.1.3.4. Fecundación "terapéutica"... para el niño nacido -----	349
3.4.1.3.5. Adopción prenatal -----	350
3.4.2. Conclusión -----	350
3.5. P, M. E. y otros c/ Obsba: maternidad subrogada -----	352
3.5.1. Hechos -----	352
3.5.2. Improcedencia del amparo incoado-----	353
3.5.3. La sentencia autoriza la maternidad subrogada -----	354
3.5.4. Derecho a una familia basada en un matrimonio	

entre varón y mujer -----	357
3.5.5. Naturaleza jurídica del semen y los óvulos-----	359
3.6. B. C. y otra c/ UP s/ Amparo: ovodonación -----	362
3.6.1. Hechos -----	362
3.6.2. Consideraciones sobre el fallo -----	363
3.6.2.1. Ovodonación -----	368
3.7. R., N. B. c/ I.O.M.A. s/ amparo: técnica ICSI con límites -----	369
3.7.1. Hechos -----	369
3.7.2. Cobertura con límites-----	370
3.8. S.A.F y A.H.A s/ amparo: técnica ICSI -----	373
3.8.1. Introducción -----	373
3.8.2. Hechos -----	373
3.8.3. Disidencia de la Dra. VALDEZ-----	374
3.8.4. Voto del Dr. SCHREGINGER (adhesión Dr. CEBEY) -----	376
3.8.4.1. Argumentos-----	376
3.8.4.2. Análisis crítico -----	377
3.8.5. Conclusión -----	378
4. Conclusiones del capítulo -----	379
CAPÍTULO VI-----	381
PROYECTOS DE LEY NACIONALES SOBRE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA-----	381
1. Introducción -----	381
2. Prohibición implícita de la fecundación artificial extracorpórea en el ordenamiento jurídico argentino -----	382
3. Necesidad y prudencia de la prohibición expresa de las técnicas -----	382
4. Proyectos de legislación argentina sobre fecundación artificial extracorpórea -----	389
4.1. Proyectos de ley ¿permissivos o prohibitivos? -----	392
4.2. Proyectos presentados en la Legislatura Argentina -----	395
4.3. Postura prohibitiva-----	398
4.3.1. Proyecto AVELIN -----	398
4.3.1.1. Reforma del Código Civil-----	398
4.3.1.2. Autoridad de aplicación -----	400
4.3.1.3. Prohibición de las técnicas -----	400
4.3.1.4. Sanción civil -----	401

4.3.1.4.1. Daños-----	402
4.3.1.4.1.1. Daños en relación a la identidad genética -----	403
4.3.1.4.1.2. Daños en relación a la identidad filiatoria -----	403
4.3.1.4.1.2.1. Resarcimiento por imposibilidad de determinación de la filiación -----	405
4.3.1.4.1.2.1.1. Antijuridicidad-----	407
4.3.1.4.1.2.1.2. El daño-----	407
4.3.1.4.1.2.1.3. Legitimados pasivos -----	407
4.3.1.4.1.2.1.4. Legitimados activos -----	409
4.3.1.4.1.2.1.4.1. Hijos -----	409
4.3.1.4.1.2.1.4.2. Ministerio Público-----	409
4.3.1.4.1.2.1.5. Efectos -----	410
4.3.1.4.1.2.1.6. Tipo de responsabilidad -----	410
4.3.1.4.1.3. Otros daños-----	414
4.3.1.4.1.3.1. Resarcimiento por daños a la salud del niño -----	414
4.3.1.4.1.3.1.1. Antijuridicidad-----	414
4.3.1.4.1.3.1.2. El daño-----	415
4.3.1.4.1.3.1.3. Legitimados pasivos -----	419
4.3.1.4.1.3.1.3.1. Progenitores -----	419
4.3.1.4.1.3.1.3.2. Profesionales actuantes y centros de fecundación-----	421
4.3.1.4.1.3.1.3.2.1. Responsabilidad de los centros de fecundación -----	422
4.3.1.4.1.3.1.4. Tipo de responsabilidad-----	422
4.3.1.4.1.3.2. Responsabilidad civil por criopreservación-----	424
4.3.1.4.1.3.3. Responsabilidad civil por clonación -----	425
4.3.1.4.1.4. Resarcimiento por comisión de delito penal -----	427
4.3.1.4.2. Conclusión -----	427
4.3.1.5. Disposiciones transitorias-----	428
4.3.2. Proyecto LÓPEZ DE ZAVALÍA y otros -----	429
4.3.2.1. Política de promoción del crecimiento natural y generoso de las familias -----	429
4.3.2.2. Prohibición de las técnicas de fecundación extracorpórea -----	430
4.3.2.3. Sanciones civiles-----	430
4.3.2.4. Reforma del Código Civil-----	430
4.4. Postura permisiva -----	431
4.4.1. Proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS y proyecto LAFERRIÈRE-STORANI -----	433
4.4.1.1. Proyecto BRITOS-DEL VALLE RIVAS -----	433

4.4.1.2. Proyecto LAFERRIERE-STORANI -----	434
4.4.1.3. Proyecto SALUM, STORANI, FERNÁNDEZ MEIJIDE, GENOUD -----	436
4.4.1.4. Proyecto con media sanción del Senado -----	438
4.4.1.5. Proyectos con dictámenes favorables de Comisiones de la Cámara de Diputados -----	445
4.4.2. Prudencia del legislador ante la votación de proyectos permisivos---	449
4.4.3. Efectos negativos que seguirían a la aprobación de un proyecto permisivo -----	449
4.4.4. Efecto deslizamiento en el derecho comparado-----	450
4.4.4.1. Legislación española -----	451
4.4.4.1.1. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida N° 35/1988 -----	451
4.4.4.1.2. Ley 42/1988 -----	452
4.4.4.1.3. Ley 45/2003 -----	453
4.4.4.1.4. Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: "Destinos posibles" de los "preembriones"-----	454
4.4.4.1.5. Ley 14/2007 de Investigación biomédica-----	455
4.4.4.1.6. Conclusión -----	457
4.4.4.2. Legislación italiana -----	459
4.4.4.2.1. Antecedentes en la materia-----	460
4.4.4.2.2. Ley 40 -----	461
4.4.4.2.3. Modificaciones propuestas por el referendun italiano-----	463
4.4.4.2.4. Fracaso de los referendun -----	466
5. Costa Rica frente a la fecundación artificial-----	466
5.1. Acción de inconstitucionalidad (Sala Constitucional de Costa Rica) --	467
5.2. Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos --	471
5.3. Proyecto de ley permisivo de la fecundación artificial -----	473
5.4. Presiones internacionales a favor de la sanción de una ley permisiva -	474
5.5. Costa Rica es enjuiciada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. -----	475
5.6. Otro Tribunal costarricense "abre la puerta" a la fecundación artificial, y se la cierran -----	476
5.7. Conclusión-----	476
6. Responsabilidad internacional del Estado Argentino-----	477
7. Conclusiones -----	478

---

CAPÍTULO VII-----	479
CONCLUSIÓN-----	479
1. Puntos demostrados en la obra-----	479
2. Consideración final-----	514
3. Dedicatoria-----	515
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS-----	517
Normas argentinas (nacionales, provinciales y municipales)-----	517
Jurisprudencia argentina (Fallos de CSJN y Tribunales inferiores)-----	518
Proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación-----	522
Fundamentos de Proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación-----	526
Diario de Sesiones del Congreso de la Nación-----	526
Tratados y documentos de organismos internacionales-----	527
Normas del derecho comparado (España, Reino Unido de Gran Bretaña, Fran- cia, Alemania, Italia y Grecia)-----	527
Jurisprudencia extranjera-----	529
BIBLIOGRAFÍA GENERAL-----	530
BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL-----	544
OTRAS PUBLICACIONES-----	563

