

Título: **Boletín de bioderecho VII: Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales)**
Autor: Hernández, Héctor H. - Marrama, Silvia - Morelli, Mariano G.
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Filosofía, Tomo 235, 1138
Fecha: 18-11-2009 Cita Digital: ED-DCCLXXI-66

Sumarios

I. Dos casos. 1. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 2. Cámara Contencioso-Administrativa de San Nicolás de los Arroyos. Voto Valdez. Voto Schreginger (por S.M.).

II. Un primer comentario periodístico. Dignidad de los chicos “sobrantes” (Bioética, derecho y procreación asistida). (H.H.)

III. Análisis de los fallos y sus votos.

A. Breve comentario al fallo de San Nicolás. 1) El voto de la Dra. Valdez. (Se opone a la fertilización artificial). Datos. Consideraciones. Posición de Jorge Scala. Jurisprudencia de la Corte. Tratados internacionales. Conclusión. 2) Voto del Dr. Schreginger (adhesión Dr. Cebey), que la admite. Su argumentación. Consideraciones. Un estudio belga sobre el tema. Conclusión. (S.M.). 3) Una observación procesal y de lógica jurídica al voto Schreginger. (H.H.).

B. Comentario ampliatorio al fallo de Mar del Plata. 1) El fallo en lo que coincide con el de San Nicolás. 2) En cuanto reconoce como declaración la vida desde la concepción. 3) En cuanto dispone medidas para con los chicos “sobrantes”. 4) Una argumentación *a fortiori* que se extrae del propio voto Tazza y que lo invalida. Exposición. Crítica. 5) La oposición a que la demandada alegue cuestiones de orden público. (H.H.).

IV. El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. La Sociedad Suiza de Bioética. (S.M.).

V. Sobre la antijuridicidad de la fecundación *in vitro* - Reflexiones iusfilosóficas (M.G.M.) A. Reproche ético y legislación. B. Antijuridicidad. 1) Antijuridicidad de la fecundación *in vitro* cuando se aplican prácticas de las que podría de hecho en lo futuro y con ciertos avances técnicos prescindirse. 2) Antijuridicidad por consecuencias que difícilmente podrían evitarse con las características técnicas actuales aunque no se recurra a selección, destrucción o crioconservación. 3) Antijuridicidad en sí misma. (M.G.M.)

VI. La doctrina del “órgano moral de Occidente”. A. Razones de este apartado - B. El documento *Dignitas personae* (S.M.).

VII. Política legislativa (M.G.M.). A) Estados con legislaciones más protectoras del embrión. B) Estados con legislaciones protectoras del interés de los progenitores. C) Países sin legislación específica. Argentina. Una estrategia razonable.

Conclusión.

El presente Boletín de Bioderecho reúne, por esta vez, la característica de referirse únicamente a la fecundación *in vitro* y comentando dos fallos judiciales, uno de Mar del Plata y otro de San Nicolás de los Arroyos, y la de estar escrito por tres autores que firman al final, cada uno responsable de lo suyo pero en solidaridad nuclear, indicándose cada parte con iniciales.

Opinion/Documento

I

Dos casos

1. Un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (1)

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió, el 29 de diciembre de 2008, en autos "...y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo", expediente N° 11.578 [ED, 233-50, con notas de Eduardo Quintana y Siro de Martini], condenar solidariamente a IOMA y a OAM a cubrir en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja promotora del amparo tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano nacido enfermo. Ello a través del sistema de fertilización asistida con selección de un embrión no portador de la enfermedad que hoy padece y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo, para intentar su cura por la vía del trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica, para lograr su cura.

Habiendo probables embriones restantes, el Tribunal dispone que el tutor a designar y la defensa oficial gestionan la crioconservación de los mismos, decretándose una medida de no innovar respecto de ellos y prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y su descarte o destrucción. Dispone que cualquier medida que se intente tomar en relación con los embriones deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial con intervención de sus representantes. Los tres camaristas votan en el mismo sentido. **S.M.**

2. Un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa de San Nicolás de los Arroyos (2)

En el expediente 573-2008 los actores interponen demanda a los fines de obtener la cobertura por parte del IOMA de los tratamientos de fertilidad asistida a través de la técnica [CSI], que consiste en una intervención quirúrgica para extraer espermatozoides del esposo y que una vez maduros, los óvulos son extraídos y colocados en un plato de cultivo con los primeros para la fertilización. Luego de unas 40 horas se observan los óvulos para saber si se han fertilizado y si están divididos en células.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la acción de amparo, ordenando al IOMA solventar en forma total e integral el tratamiento de fertilización *in vitro*, según aquella técnica con medicación prescrita a favor del matrimonio constituido por los amparistas.

Voto Valdez. La Dra Cristina Yolanda 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 embrión y descarte de embriones sobrantes. Queda en minoría.

Voto Schreginger. El Dr. Schreginger vota confirmando la sentencia apelada, fundándose en la lesión al derecho a la salud involucrada en el caso, cuyo fundamento normativo 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 haciendo mayoría (15-12-08). **S.M.**

II

Un primer comentario (3)

Dignidad de los chicos "sobrantes" (Bioética, derecho y procreación asistida)

Un reciente fallo de la Cámara Federal de Mar del Plata ordena a Obras Sociales cubrir la fertilización asistida de una pareja que necesita un nuevo hijo para la curación de otro. Es sabido que en ese tipo de casos quedan embriones "sobrantes" y el Tribunal se preocupa entonces por ordenar que no sean descartados y que sean preservados, invocando el famoso caso "**Portal de Belén**", que consagra el respeto a la vida humana desde la concepción. Considerar personas a los embriones y nombrarles tutores es un triunfo de la vida y un rechazo del tribunal al homicidio del pibe antes del nacimiento (sobre la legitimidad de las eventuales adopciones y la poca consistencia de las medidas favorables *v. infra* capítulos V y VI)(4), cosa en la que el fallo supera uno reciente de San Nicolás de los Arroyos en que, salvo el voto ajustado a derecho de la Dra. Cristina Yolanda Valdez, se ignoró el asunto.

Incurriríamos en un lugar común si nos asombrásemos de los avances de la *ciencia médica* en la materia, que hacen necesario tener bien preparadas las antenas de *la ciencia moral y jurídica*. Porque si es cierto que el hombre es dueño de la creación, lo es también que no todo lo que se puede hacer con ella es lícito. Aun con las mejores intenciones, y si de intenciones se trata, en el caso comentado estamos ante las que más conmueven nuestra fibra íntima emotiva y desatan nuestro encomio.

El *científico moralista* más famoso del órgano moral por antonomasia de Occidente (Cfr. *infra* capítulo V) quizá exageraba cuando comparaba el desorden de la fornicación simple con el homicidio, al alegar que el eventual hijo que viniese de ella no tendría una comunidad que lo recibiera y protegiera. La base familiar organizada. Si así se opinase de la sentencia de Tomás de Aquino, a quien pertenece, es porque sin ninguna duda no es lo mismo matar a una persona que ya vive, que lanzar o cooperar o autorizar o fomentar que vengan chicos al mundo que hartamente sobrevivan. (Exageración parecida quizá se pueda encontrar en los documentos morales que han equiparado el homicidio al desorden de la usura).

Pero no se me negará que *algo de eso hay* en el caso de autos. Los niños que en el fallo se califican de “sobrantes”, 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 electorales 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 encarpetada...

Pero, además, “confieso que me produce escozor tal congelamiento pues hay cualquier cantidad de ellos congelados y todavía no se sabe qué destino se les dará”. Asumo plenamente la frase encomillada que Ud. acaba de leer, pero hay que saber que ella proviene del voto del Dr. Ferro, camarista firmante de la sentencia comentada. Es verdad que “el tema es complejo y notoriamente preocupante”, cosa que suscribo y añado que la firma en el mismo fallo del Juez Dr. Tazza. Quien también planteó que es “moralmente discutible y hasta calificada por algunos como ‘inmoral’ la práctica misma de la fecundación *in vitro*” (en esos “algunos” está el ya citado “órgano moral”...). Tema que lamentablemente no trató, pero quien en este asunto tomó el toro por las astas fue la Corte Suprema de Costa Rica, (Cfr. *infra* capítulo VI) cuando declaró *la inconstitucionalidad de un decreto que la autorizaba*, precisamente invocando el problema de la mortalidad de los chicos “sobrantes”. Es bueno señalar que el propio decreto costarricense fulminado de antijuridicidad (por la Corte de Costa Rica), que reglamentaba como digo la fecundación *in vitro*, en su art. 10 prohibía las congelaciones de estos niños como atentatoria de su dignidad [ver sobre este tema *infra* capítulos IV, V y VI].

En esas condiciones, es lícito plantear objeción a la tesis de si se están preservando los derechos humanos de esas personitas. Y pensar si no habrá que rever más radical y menos utilitariamente la admisión por parte del Estado, a través de sus jueces, de procesos técnicos, de selecciones cercanas a la eutanasia, de detenimiento abrupto de procesos vitales mediante enfriamientos feroces, avatares que difícilmente se conjuguen, desde el vamos, con su dignidad, y que auguran un futuro siniestro de dominio tecnológico y económico absolutista. Quizá hasta los que no admiten que la reproducción fuera del modo que Dios manda es de suyo inmoral, terminen haciendo, pero luego de muchas ilusiones, frustraciones y daños irreparables de todo tipo, la defensa a ultranza del coito y la prohibición absoluta de toda técnica de “producción” de los hombres que lo soslaye. A mí me parece... H.H.H.

III

Análisis de los fallos y sus votos

A. Breve comentario al fallo de San Nicolás

1) El voto de la Dra. Cristina Yolanda Valdez (opuesto a la fertilización artificial por antijurídica)

Datos. Del expediente 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” (Consid. X del voto).

Cita la camarista para fundamentar lo dicho 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 crioconservación a más de 160 grados bajo cero genera efectos mutágenos debidos a la radiación de fondo y que, pasados los 10 años, los embriones crioconservados no tienen más viabilidad. Por otro lado, más del 50% de los embriones mueren al ser descongelados”(5).

Sostiene que estamos hablando de “personas”, las que obviamente no se encuentran en el comercio. “Es pues necesario pensar 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” (Consid. X). *Por ello alude a estos actos como de “objeto ilícito”* (art. 953, cód. civil).

Consideraciones. Posición de Jorge Scala. Señala al respecto el bioeticista Dr. Jorge Scala que con estas técnicas de fecundación artificial, “no puede dudarse que el embrión es tratado como cosa que está en el comercio. Veamos: la relación comercial comienza por 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”(6).

Téngase presente que se trata de “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.

Nuestro ordenamiento jurídico establece el derecho a la vida desde la concepción, la dignidad de toda persona, el interés superior del niño y la no discriminación por ningún motivo.

Por lo tanto, las técnicas de fertilización *in vitro* en sí, la “congelación” de los embriones y el consecuente “mantenimiento de embriones crioconservados”, 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). Se podría poner esta gradación de

errores: 1. Producción de personas humanas; 2. Selección eugenésica; 3. Producción de personas humanas que no van a poder vivir; 4. Congelamiento de personas humanas; 5. 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 art. 1047 del Código Civil, para el caso en que la nulidad “aparece manifiesta en el acto”.

Para que el juez pueda proceder de oficio(7) 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(8). Tal es el caso de marras, ya que las técnicas afectan el orden público, afectación que es patente.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Estos derechos -en especial el derecho a la vida, soporte de los demás derechos- son *derechos naturales*, según lo ha afirmado en reiteradas oportunidades nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación(9). Diversos tratados -que consideraremos a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución- los reconocen, afirmando que todos somos personas, portadores de personalidad jurídica. Y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Implica entonces una obligación concreta para los Estados, consistente en sancionar leyes -sólo los Estados pueden hacerlo- que protejan la vida.

Tratados internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(10) en su art. 7º 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 sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Este derecho obsta categóricamente contra toda técnica de criopreservación.

La Convención sobre los Derechos del Niño(11) reconoce y garantiza el *derecho a la vida* de los niños (art. 6[12]) y prohíbe toda forma de *abuso*(13) y *discriminación*(14). 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”(15).

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.

Conclusión. *Con lo expuesto hemos justificado sumariamente que el voto de la Dra. Cristina Valdez se ajusta a derecho. S.M.*

2) *Voto del Dr. Schreginger (adhesión Dr. Cebey)*

que admite la fertilización artificial

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 social a cubrir esta disfunción psicofísica que provoca infertilidad; 2. 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. Respecto de la afirmación de la demandada acerca de que el método ICSI no puede considerarse incluido en la previsión del artículo 6º de la Ley 13.066, 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”. Respecto del mismo punto, sostiene: “es necesario observar que 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” (consid. 5º).

Consideraciones. El juez, que representa al Estado Provincial, está *ordenando, autorizando y convalidando un procedimiento que implica atentados contra la vida y dignidad de personas*, procedimiento de objeto ilícito, al decir (exacto) de la Dra. Valdez.

Surge del mismo expediente que los métodos conceptivos demandados, a los que hace lugar el camarista, implican la muerte de personas, toda vez que se prueba en él 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 criopreservación o la destrucción con fines de investigación. Reiteramos que necesariamente habrá embriones sobrantes.

Y no son meras “hipótesis” que se derivarían de la utilización de las técnicas, ya que la técnica solicitada por los actores *conlleva necesariamente la “criopreservación” de seres humanos*, sofisma lingüísticamente expresado que implica no sólo demorar arbitrariamente la gestación del embrión y someterlo al álea de una decisión posterior sobre su implante librándola a la voluntad de los padres -como afirma el camarista- (éstos pueden morir o divorciarse, como tantas veces ha sucedido) sino que significa la muerte de la inmensa mayoría de ellos, ya que lo que sucede al bajar la temperatura es parar no total pero sí fuertemente los movimientos de los átomos y las moléculas, con lo cual prácticamente se logra “detener el tiempo”, ya que esto haría el flujo de la agitación de las moléculas.

También los términos “conservación” y “preservación”, cuando se refieren al congelamiento de humanos son usados eufemísticamente, lo que se demuestra mediante los *porcentajes de sobrevivencia* de la aventura térmica a que son sometidos los embriones.

Un estudio belga sobre el tema. 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 se perdieron prácticamente el 98% de los sometidos a esta técnica*(16). En una entrevista periodística una especialista argentina 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”(17). 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(18).

No pueden ser ajenas al juicio sus “implicancias” (“implicancias” que son “personas”, según el derecho natural y positivo vigente), “implicancias” que el mismo fallo determinó que existieran...

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, como bien apunta la Dra. Valdez, porque se pierden vidas humanas. *Por lo expuesto, entiendo que el voto de los Dres. Schreginger y Cebey no se ajusta a derecho. S. M.*

3) Una observación procesal y de lógica jurídica

al voto Schreginger

1) Tras encarecer el propósito de buscar “apoyo en la ciencia para tener un hijo”, el voto Schreinger sostiene que “ello no implica desconocer las distintas implicancias que puedan derivar del método”. 2) Vamos bien, pero en seguida dice que “no deben ser materia de abordaje por ser ajenas a la autorización del tratamiento en sí, lo que constituye el objeto del proceso”, porque las cuestiones relativas al estatus de la persona antes de nacer “constituyen cuestiones que exceden lo que se pide en este amparo”.

Se advierte una contradicción entre reconocer la pertinencia de considerar las implicancias del método cuya aplicación se está solicitando, que obviamente lo serán respecto de las personas y su situación (punto 1) y decir que esto mismo excede el objeto del amparo (punto 2).

Porque el objeto reclamado por la actora podría formularse diciendo “que la Obra Social me preste cobertura para este tratamiento”; acogido el reclamo, la Obra Social le pagará al instituto médico que realizará a cambio precisamente el tratamiento ése que se reclama; y los médicos realizarán el citado tratamiento y no otro. El objeto es practicar la fecundación artificial, que ya implica de suyo fabricación de persona como “implicancia del método”, precisamente, cosa que ahora dejamos de lado para decir que *también implica, y en el mismo acto, fabricación de varias personas que con alta probabilidad se han de morir y entretanto serán objeto de un congelamiento que no parece adecuado tratamiento a un ser humano.*

El voto muestra las cosas como si una persona hubiera reclamado cobro de pesos por un contrato de locación y al apelar se quejara de que no se hizo lugar al desalojo, y trata 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 integrando el objeto de la pretensión procesal.

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”(19), a fortiori *aquí hay nulidad al haberse irrespetado y dividido y separado arbitrariamente 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. H.H.H.*

B. Comentario ampliatorio al fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata

1) *El fallo en lo que coincide con el de San Nicolás.* En cuanto admite el procedimiento artificial, la selección de embriones y la congelación de los restantes, cabe remitirse a lo expuesto antes por S.M. para fundamentar el más categórico rechazo del fallo, y al único de los seis votos analizados que está fundado en derecho, a saber el de la Dra. Valdez.

2) *En cuanto reconoce la vida desde la concepción.* No puede no aplaudirse, como se hizo *supra* en el capítulo II, que el fallo recite el caso líder Portal de Belén, reconociendo algo que es obvio según el derecho argentino y el derecho natural y los datos de la ciencia, pero es de lamentar sin embargo que tal buena doctrina indiscutible en derecho sea aniquilada en la práctica de lo que concretamente se resuelve. Aquello tan bien escrito con la mano se borra con el codo.

3) *En cuanto dispone medidas para con los chicos “sobrantes”.* El mérito de las declaraciones verdaderas queda inane, en efecto, al dictar medidas que no conducen a los fines, como se mostró brevemente *supra* en “II. Un primer comentario”, quedando así en buenas intenciones, suponiendo que las intenciones refieran a objeto lícito (si no es lícito congelar a los “sobrantes”, si no es lícito experimentar con ellos, ¿es lícito darlos en adopción y para qué?, ¿es lícito implantarlos en el útero de otra mujer que no sea la madre?, y ¿qué sucede con la implantación en la propia madre? [Confrontar *infra*, capítulos IV, V y VI, aportes de M.G.M. y S.M.].

4) *Una argumentación a fortiori que se extrae del propio voto del Dr. Tazza y que lo invalida. Exposición.* El voto no ignora las “críticas que se han ensayado” a estas prácticas, vistas como “una forma de instrumentalización de la persona humana” (*sic*) y apoyadas en “una especie de filosofía utilitarista” (*sic*), debidas a que no se puede tratar al ser humano como un mero medio. Y es enfático al compartir “desde un principio aquellos postulados elementales que propician [*sic*] al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo” (*sic*)(20).

Pero tanta solidez se desmorona en seguida cuando dice: “*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...”. Y lo funda en que “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” (destacados nuestros, H.H.). Con otras palabras: Comparte que se trata de una persona humana, trae a cuento favorablemente la tesis de que estas prácticas son utilitaristas y desconocen la dignidad humana, abona con no pocos pasos la excelente doctrina de la defensa de la dignidad del hombre y defiende la vida (verbalmente), pero dice que en este caso se debieran autorizar. ¿Cómo es eso?

Crítica. Si la no instrumentalización respecto de la persona humana, tan bien exaltada en el voto, es algo que de suyo no admite excepciones (y creemos que no las admite), menos puede admitirse el procedimiento artificial *cuando esto supone además otra instrumentación que se le añade*(21) . Una instrumentación primera más una instrumentación segunda. Pues no sólo 1) se “fabrica” una persona, sino que 2) se la fabrica-para-curar-a-otro. Es como si se dijera: es cierto que a esta persona en virtud de su dignidad yo no la puedo ni insultar ni arañar, pero dadas las circunstancias del caso (ninguna de las cuales implica por hipótesis ninguna culpa de ella), le puedo aplicar un puñetazo, bajarte los dientes y difamarla. El que no puede hacer lo menos no puede hacer lo más. *En ese sentido, el fallo incurre en la causal de auto-contradicción en la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.* (Cfr. Genaro R. Carrió, ob. cit., pág. 281). 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, en toda la línea, no hacer excepciones, y menos hacer excepciones cuando se reduplica su conculcación.

5) *La oposición a que la demandada alegue cuestiones de orden público.* Agregamos que es inadmisibles sostener que la alegación por la demandada IOMA de la inconstitucionalidad del tratamiento por vulnerar el derecho a la vida de los embriones “no guarda un interés directo y concreto con las pretensiones que puede válidamente ostentar el Instituto” (considerando IV). No parece que haya sido suficientemente pensada tal proposición, que sostiene que las partes no pueden alegar en juicio la violación del orden público implicado en un ataque a la vida humana, ni parece coherente que a renglón seguido, y en la misma oración, se diga

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”, consideración valiosa que funda con la notable jurista Arias de Ronchietto, y nada menos que en un estudio intitulado “Procreación humana asitida. ¿Estamos generando huérfanos?”, citada por Zambrizzi, “La cultura de la muerte”, LL, 4-7-2008). *Autocontradictorio*, porque si los jueces pueden resolver y resuelven sobre el punto, las partes pueden alegar sobre el mismo, y al resolver los jueces no pueden decir que aquéllas no pudieron alegar.

Autocontradictorio, también, que las palabras con que terminamos esta entrada estén sacadas del mismo fallo que autoriza estas mismas cosas que con horror detesta, como ya se expuso en el capítulo 2 con comillas del voto Ferro: *Confieso que me produce escozor tal congelamiento pues hay cualquier cantidad de ellos congelados y todavía no se sabe qué destino se les dará. ¡Así es! H.H.H.*

IV

El fallo de la Sala Constitucional

de Costa Rica (22)

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad no sólo de un decreto nacional(23) que permitía las técnicas de fecundación *in vitro*, sino también de la fecundación *in vitro* en sí(24).

En efecto, después de cinco años de deliberaciones, el 15 de marzo de 2000 [ED, 214-648] dicha Sala Constitucional votó a favor de la acción de inconstitucionalidad, basándose en las siguientes razones: 1. 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. 2. Derecho a la vida y dignidad del ser humano desde la concepción. 3. De la protección de la vida humana deriva la inconstitucionalidad de la FIVET. 4. El derecho a la vida excluye cualquier aplicación de la FIVET, aunque fuera regulada por ley.

El fundamento normativo positivo está dado por las *mismas normas*(25) que forman parte del ordenamiento jurídico argentino.

Destacamos los siguientes párrafos del fallo de la Sala: “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”(26).

La Sociedad Suiza de Bioética. Es importante destacar que la Sociedad Suiza de Bioética(27) elaboró una declaración en donde reivindica las mismas conclusiones del fallo de la Sala Constitucional antes mencionado:

“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 uní o pluricelular. 3. El embrión humano *posee la dignidad y 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”(28). **S.M.**

V

Sobre la antijuridicidad de la fecundación *in vitro*

(Reflexiones iusfilosóficas)

A. *Reproche ético y legislación*

Podemos preguntarnos si la fecundación *in vitro* es una manera éticamente legítima de traer seres humanos al mundo. Si resulta aceptable y coherente con el bien humano.

Sabemos que la respuesta de la moral católica a esta pregunta es negativa, lo que ha sido clara y reiteradamente sostenido por el Magisterio de la Iglesia. [Cfr. *infra* VI]. ¿Por qué?

No constituye una forma humana de procrear: el nuevo ser humano no tendrá su origen en el encuentro sexual de sus padres sino en la acción del médico, que dominará todo el proceso, y sustituyendo a los padres como causa de la concepción disuelve la misma ” humana. ¿De qué padre o madre podríamos hablar cuando no han causado ellos al nuevo ser?

Pero también sabemos que ser *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 hacerse practicar o hacerse cargo de procedimientos de fecundación *in vitro*.

B. *Antijuricidad*

Sin perjuicio de lo anterior, podemos preguntarnos si además de ser éticamente inaceptable podría concebirse a la fecundación *in vitro* como contraria al derecho. Para ello debemos argumentar que no sólo resulta contraria al bien humano integral (inmoralidad) sino que además priva a alguien de lo que le corresponde (antijuridicidad o injusticia). Abordaremos la cuestión en tres niveles:

1) *Antijuricidad de prácticas que suelen acompañar la fecundación in vitro*. Aparece cuando la fecundación *in vitro* se realiza seleccionando embriones, descartando embriones, interviniendo sobre sus genes, crioconservándolos, o utilizando gametos de donantes anónimos. *Resulta obvio que aquí se comete injusticia* contra ellos, amenazando intencionalmente su vida, integridad física, identidad, vínculo familiar, etc.,

configurando así, claramente, antijuricidad. Pero claro que si fuere posible realizar la fecundación in vitro evitando dichas prácticas, esta antijuricidad se verificaría sólo cuando esto sucede.

2) *Antijuricidad de la fecundación in vitro por consecuencias que difícilmente podrían evitarse con las características técnicas actuales.* Pensemos ahora en el supuesto de que no se recurra intencionalmente a selección, destrucción o crioconservación de embriones. En tal caso, como es el admitido por legislaciones como la alemana o italiana (art. 14, inc. 1º, ley 1514 del 2004) ¿podemos seguir hablando de antijuricidad? *Entendemos que sí.* La fecundación *in vitro* tal como se practica en la actualidad expone a los embriones a graves riesgos. Por un lado, por el escaso margen de éxito que tiene la técnica: más del 90% de los embriones, en promedio, morirán durante su desarrollo(29). 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. Ello sin perjuicio de que muchas de esas muertes son previstas, y por eso se transfieren 3, 4 o 5 embriones a ser implantados, esperando que no todos lo hagan.

Y sólo mencionamos las muertes, dejando de lado malformaciones u otras patologías.

Por otro lado, está la imposibilidad práctica de controlar que no sean víctimas de selección, manipulación o destrucción. Se trata de seres humanos microscópicos que quedan a merced de los profesionales de laboratorio, que podrían arrojarlos por el inodoro sin posibilidad de controlarlos. Por último, por la imposibilidad de asegurarles la transferencia al útero: la muerte, negativa posterior o enfermedad de la mujer llevará a que deban ser crioconservados y dejar en un margen de incertidumbre su desarrollo posterior. La misma legislación italiana, luego de prohibir enfáticamente la crioconservación (art. 14, inc. 1º), a renglón seguido la consiente cuando luego de la fecundación la salud de la mujer imposibilita la transferencia (art. 14, inc. 3º). Si los embriones humanos son “niños”, nadie permitiría que un niño sea expuesto a riesgos semejantes, riesgos a los que son sometidos durante sus primeros días de existencia por la fecundación *in vitro*. En esta línea, nos parece elogiable e imitable la posición que asumió la Corte Suprema de Costa Rica (a la que hizo referencia otro de los autores del presente) cuando declaró inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo que autorizaba la fecundación *in vitro* homóloga, prohibiendo la destrucción o crioconservación de embriones, por entender que su sola aceptación implicaba exponer a los embriones a gravísimos riesgos que violaban su derecho a la integridad física y a la vida, reconocidos constitucionalmente a toda persona.

3) *Antijuricidad de la fecundación in vitro en sí misma.* Hagamos ahora el esfuerzo de pensar un contexto tecnológico diferente al actual, en el cual sea posible realizar la fecundación *in vitro* sin pérdidas ni lesiones embrionarias, con una transferencia inmediata al vientre femenino luego de fecundados, y un control de todo el procedimiento a través de cámaras de seguridad inviolables. En tal caso, que no es el actual, y más allá del posible reproche ético, ¿podríamos decir que la fecundación *in vitro* resulta antijurídica?

Notemos, en primer lugar, que *podría ser determinada como antijurídica por la legislación positiva*. Si no resulta una manera humana de procrear, el derecho positivo podría, en protección de la moral pública, prohibir manifestaciones externas de la práctica si es prudente.

Pero además podemos pensar en la injusticia a la que da lugar la práctica: a) respecto del concebido, al someter el proceso que le da origen a semejante dominio de otro ser humano capaz de controlarlo, como si se tratara de un objeto fabricado más que de un don gratuitamente acogido; y b) respecto de cada uno de los esposos recíprocamente y frente al ser humano concebido, dado que será, no ya los padres, sino un tercero, el que le da origen. El concebido verá disuelto su vínculo paterno entre diversos “agentes” que lo han procreado. Y los miembros de la pareja, al consentir en la práctica, disolverán para sí mismos y recíprocamente su condición de progenitores de aquél. Atentado más grave aún si están casados, pues consienten una indebida intervención de un tercero en algo en lo que deben exclusividad a su cónyuge como es el ejercicio de una de las dimensiones de la sexualidad cual es la procreativa. El hecho de que de otro modo ese ser no existiría no suprime la injusticia del modo en que se lo trae al mundo, injusticia que se configura, obviamente, cuando es concebido (no se puede cometer injusticia respecto de quien todavía no existe). **M.G.M.**

VI

La doctrina del “órgano moral de Occidente”. El documento *Dignitas personae*

A. Razones de este apartado

Teológicas. Como miembros de la Iglesia y de la Universidad Católica Argentina, los autores y el Diario de Filosofía del Derecho aceptan el Magisterio de esta última por razones teológicas, lo que da una primera razón para este capítulo, que supone la fe. Téngase presente, de todos modos, 1) que como el lector puede apreciar, *hasta aquí no se ha utilizado argumentación alguna de fe*, de modo que *nadie podría atribuir a esto último las razones hasta aquí expuestas ni eximirse por ello de rebatirlas*, como suele suceder. Dígasenos, prescindiendo de este capítulo, en qué estamos equivocados en el estrictísimo terreno *jurídico* (capítulos I a IV) o *iufilosófico natural* (capítulo V); 2) que en muchos puntos tal Magisterio en Bioderecho se funda en consideraciones de mera razón jurídica natural. Al extremo de que el capítulo V se ha estructurado como respuesta al por qué del mismo; 3) que de todos modos, hay que tener presente que no todo documento o enseñanza proveniente de la Iglesia integra aquel Magisterio como algo esencial, necesario y definitivo.

Constitucionales. Además, la Iglesia, existiendo antes de la formación política autónoma de nuestra Patria, tiene un lugar preferente en la Tradición argentina, siendo de algún modo fundadora de ella, constituyendo la religión mayoritaria, aunque sus hijos no pocas veces discrepen doctrinal o prácticamente con su Magisterio, y casi todos los creyentes de distintas religiones miran con mínima consideración el pensamiento moral y social de la Iglesia. Esto que hace a la *Constitución jurídica tradicional* se ha reconocido en el art. 2º de la Constitución escrita que, obviamente, y *como se dijo en el Congreso Constituyente de Santa Fe*, no puede implicar el sostenimiento de algo que no se comparte. El hecho de que esto rija con todo su vigor como rige la Constitución Nacional, no significa para nada imponer a palos nada sino, por lo menos, *que no se imponga un orden jurídico a los católicos, lo que va contra la Constitución y las mayorías y sus convicciones*. Porque se nos alega y aturde y acorrala con el argumento “no nos impongan”, precisamente para imponernos, o el “no nos discriminen”, para discriminarlos.

El “órgano moral”. Por lo demás, la Iglesia es “el órgano moral de Occidente”, y de la Argentina. Se la siga o no en sus enseñanzas, es la institución en la que inmediatamente se piensa como referencia en materia moral en la polis, al extremo de que sus adversarios tratan de conseguir las medidas político-jurídicas adversas a la Iglesia contando con algún guiño desde adentro, y sus enemigos abiertos tratan siempre de obtener y propagandear sellos de goma que apoyen dichas medidas invocando su condición de católicos (v.gr. “católicas por el derecho a decidir”, etc.).

Por esas razones damos a conocer su doctrina en algunas partes pertinentes a nuestro tema, extraídas del último documento por la vida de la Congregación para la Doctrina de la Fe. Lo hacemos al hilo de preguntas, para facilitar la lectura y ubicación. **H.H.H.**

B. La reciente instrucción *Dignitas Personæ*

de la Congregación para la Doctrina de la Fe (30)

1. ¿Qué parámetros debe respetar un tratamiento

de infertilidad para ser lícito?

Tres bienes fundamentales: a) el derecho a la vida y a la integridad física de cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural; b) la unidad del matrimonio, que implica el respeto recíproco del derecho de los cónyuges a convertirse en padre y madre solamente el uno a través del otro; c) los valores específicamente humanos de la sexualidad, que “exigen que la procreación de una persona humana sea querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos” (Cfr. Punto N° 12).

2. ¿Cuáles serían, entonces, los tratamientos lícitos?

A la luz de este criterio hay que excluir todas las técnicas de fecundación artificial (heteróloga u homóloga) que sustituyen el acto conyugal. Son en cambio admisibles las técnicas que se configuran como una ayuda al acto conyugal y a su fecundidad. Así, son 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(31). 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 (Cfr. Punto N° 13).

3. ¿Por qué se afirma que la fecundación in vitro implica un trato instrumental de los embriones?

La fecundación *in vitro* comporta muy frecuentemente la eliminación voluntaria de embriones. Algunos han pensado que ese hecho se debía al uso de una técnica aún parcialmente imperfecta. En cambio, la experiencia posterior ha demostrado que todas las técnicas de fecundación *in vitro* se desarrollan de hecho como si el embrión humano fuera un simple cúmulo de células que se usan, se seleccionan y se descartan. Los embriones defectuosos, producidos *in vitro*, son directamente descartados. Entre los embriones obtenidos, un cierto número es transferido al seno materno, mientras los demás se congelan para posibles intervenciones reproductivas futuras. El fin de la transferencia múltiple es asegurar, dentro de lo posible, la implantación de al menos un embrión. El medio empleado para lograr este objetivo es la utilización de un número mayor de embriones con respecto al hijo deseado, previendo que algunos se pierdan y que, en todo caso, se evite un embarazo múltiple. De este modo la técnica de la transferencia múltiple lleva de hecho a un trato puramente instrumental de los embriones (Cfr. Punto N° 14). [Reléase las partes transcritas del fallo de Mar del Plata más arriba en el capítulo III.B, para advertir que estas consideraciones no son ajenas ni siquiera a los votos que hicieron mayoría. Por donde se ve que las consideraciones morales son corrientes en la vida jurídica, desmintiendo la separación a veces alegada de moral y derecho].

4. ¿Por qué es ilícita la técnica ICSI?

Como la fecundación *in vitro*, de la cual constituye una variante, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides es una técnica intrínsecamente ilícita, pues supone una completa disociación entre la procreación y el acto conyugal. En efecto, se realiza fuera del cuerpo de los cónyuges por medio de gestos de terceras personas, cuya competencia y actividad técnica determina el éxito de la intervención; confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana (Cfr. Punto N° 17). [Cfr. *supra* capítulo V, consideración iusfilosófica].

5. ¿Por qué es ilícito el congelamiento de embriones?

La crioconservación es incompatible con el respeto debido a los embriones humanos: presupone su producción *in vitro*; [Cfr. *supra* la transcripción del voto Ferro, que suscribe teóricamente esta doctrina, lo mismo que el Juez Tazza] los expone a graves riesgos de muerte o de daño a su integridad física, en cuanto un alto porcentaje no sobrevive al procedimiento de congelación y descongelación; los priva al menos temporalmente de la acogida y gestación materna; los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones (Cfr. Punto N° 18).

6. ¿Qué hacer con los embriones congelados 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.

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.

Respecto de la “adopción prenatal”, propuesta basada en una loable intención de respetar y defender la vida humana, presenta los mismos problemas éticos 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 (Cfr. Punto N° 19). [Cfr. *Infra* la reseña del Segundo Congreso con algunas citas textuales del documento]. **S.M.**

VII

Política legislativa

Un breve panorama de la situación legislativa mundial nos permite distinguir tres grandes grupos:

A) Estados con legislaciones más protectoras

del embrión

En estos casos, como ocurre en Alemania, Austria e Italia, la legislación autoriza la fecundación artificial intrauterina y extrauterina, pero con algunas limitaciones: a) restringe la cantidad de óvulos que se pueden fecundar -habitualmente no más de tres-, y obliga a transferirlos todos al útero materno; b) no autoriza la crioconservación de embriones; c) sólo permite el acceso a matrimonios, o al menos parejas con varios años de convivencia; d) prohíbe la selección, el descarte de embriones y la experimentación con ellos; e) prohíbe toda forma de clonación o manipulación genética. En alguna medida la legislación francesa se acerca a este grupo.

Aunque la imposición de tales límites es digna de encomio, tengamos presente que no elimina los riesgos para el embrión que tiene la misma técnica (de los tres transferidos se espera que varios mueran), ni son capaces de evitar los abusos de los que pueden ser víctimas los embriones cuando están a merced de las clínicas.

B) Estados con legislaciones protectoras del interés de los progenitores

Pueden enrolarse en esta corriente las reglamentaciones de Inglaterra, Estados Unidos y España. En general, los límites que reconocen no son para proteger al embrión, sino a los “usuarios”: a) permiten fecundar más embriones que los que van a ser transferidos, y crioconservar los “sobrantes” durante un plazo y luego destruirlos; b) permiten seleccionar, descartar o experimentar con los embriones hasta un momento determinado de su desarrollo; c) autorizan a mujeres solas a fecundarse con semen de donantes anónimos, sin necesidad de un hombre que asuma los deberes de la paternidad.

Se advertirá cómo aquí la situación es todavía más grave que en la legislación del grupo anterior.

C) Países sin legislación específica

En la mayoría de los Estados del planeta no existe una legislación específica aplicable a la práctica. Es reciente, y las leyes no han tomado aún cartas en el asunto. Consiguientemente, se realiza prácticamente sin límites. Sin embargo, es común que tales Estados cuenten sí con disposiciones en su derecho constitucional, internacional y civil que tutelan al ser humano desde la concepción. Y es deseable que los operadores jurídicos consigan que no se niegue tal protección a los embriones, aun careciendo de legislación específica. Si las normas vigentes tutelan la vida, la integridad física y la identidad de todos los seres humanos, los jueces deberían intervenir para prevenir y proteger a seres humanos microscópicos que son víctimas de los abusos a los que dan lugar las técnicas aquí analizadas.

Argentina. En materia de política legislativa argentina, la situación no resulta sencilla de resolver. Actualmente no existe legislación específica y ello brinda, de hecho, carta blanca a clínicas y laboratorios para obrar sin límite alguno. Los límites emergentes del ordenamiento constitucional y civil no suelen ser impuestos de manera efectiva por los operadores judiciales. De allí que una norma que introduzca límites resultaría deseable. Aunque sea algunos límites, aquéllos que mayor consenso reciben entre los legisladores.

Una estrategia razonable

Por tal razón, teniendo presente que resultará sumamente difícil en el corto plazo una legislación totalmente protectora de los embriones (lo que exigiría una prohibición de la fecundación *in vitro per se*), una estrategia razonable sería la de ir prohibiendo y penalizando las prácticas más graves, tomando como modelo la legislación alemana. En Alemania no existe propiamente una legislación sobre fecundación *in vitro*, sino una ley penal de protección del embrión, que incrimina algunas conductas lesivas a sus derechos. De ese modo se puede avanzar gradualmente. **M.G.M.**

Conclusión. En suma, la única forma de que los tribunales respeten los derechos humanos de los indefensos vaporeados instrumentados postergados cosificados congelados pobrecitos sobrantes seleccionados desechados olvidados embriones personitas humanas, es siguiendo la línea del voto ajustado a derecho de la Dra. Cristina Yolanda Valdez. **H.H.H.**

voces: **filosofía del derecho - persona - bioética - jurisprudencia - derechos humanos - tratados y convenios - poder legislativo**

(1) El DFD dispone del texto completo para el lector que lo solicite o ver www.elderecho.com.ar.

(2) El DFD dispone del texto completo para el lector que lo solicite.

(3) Publicado en La Capital, Mar del Plata, el 5-II-2009, columna “Opinión”, pág. 16. La Dra. Mainetti también escribió en el mismo diario criticando el fallo por parecidas razones de defensa irrestricta de la vida humana.

(4) Cfr. la reseña hecha por Camilo Tale del Segundo Congreso de Filosofía del Derecho, donde se planteó el asunto, en este mismo número del DFD.

(5) Matozzo de Romualdi, Liliana, ¿Por qué no al Proyecto Laferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida?, ED, 163-1165 -cita de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, Bioderecho, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, pág. 208-.

(6) Cfr. Scala, Jorge, Jurisprudencia reciente latinoamericana en defensa de la inviolabilidad de la vida humana y su dignidad, http://www.provida.es/pensamiento/Publicaciones/Jorge_Scala.htm.

(7) “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto”. Art. 1047 Código Civil.

(8) Conf. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, Perrot, 1961, t. 2, N° 1974, pág. 627.

(9) “El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana”. “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S.” [ED, 197-13], Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5-3-02. Cons. 12.

(10) Cfr. 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, el primer derecho inalienable es el “derecho a la vida”, “inherente a la persona humana” (cons. 1º, 1º y 2º párr.). Es decir que donde hay vida humana, hay persona. Por ello, ese derecho a la vida estará protegido por ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (art. 6º).

(11) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

(12) “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”.

(13) “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...” (art. 19).

(14) “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” (art. 24, inc. 1º).

(15) En el mismo sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos define el momento de inicio de la protección de la vida: desde la concepción. “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.).

- (16) Van del Elst J. Centro de Medicina Reproductiva, Escuela de Medicina y Hospital Universitario, Bélgica, “Fertil.-Steril.” 1995 Jan.
- (17) La Nación, Buenos Aires, 15 de junio de 1993.
- (18) Quintana, Eduardo Martín, Crioconservación y adopción de embriones, EDLA 4 de octubre de 1996. Quintana, Eduardo Martín, Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial. Exposición del autor en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “Ley Natural y legítima laicidad”, el día 12/9/08 en la Pontificia Universidad Católica Argentina.
- (19) Cfr. Carrió, Genaro R., El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema, 2ª ed. actualizada en colaboración con Alejandro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978 -hay nueva edición de la que no dispongo-, causales X, XI, XII y XIII.
- (20) Más adelante nos da una lección de respeto a la vida, cuando, en la misma línea doctrinal que seguimos en este Boletín de Bioderecho, señala que “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”, exigiendo “el respeto a la dignidad del ser humano desde el mismo momento en que ha sido concebido, pues desde allí es que adquiere una serie de derechos inalienables que no deben ser impunemente conculcados, independientemente de su condición, su estado de su salud, raza o cualquier otra circunstancia”. Y remata que en definitiva se trata de “la exigencia del cabal respeto por la vida humana desde su concepción”. ¡Excelente!
- (21) Mariano Morelli nos sugirió el argumento.
- (22) Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle contra el decreto ejecutivo N° 24029-S (fecundación in vitro). 15 de marzo de 2000.
- (23) 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. 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. Cfr. Navarro del Valle, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro, Editorial Promesa, Temas de actualidad N° 5, prologado por el Dr. Jorge Scala.
- (24) Cfr. Navarro del Valle, Hermes, El derecho..., cit.
- (25) Arts. 5° y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 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 (CN, art. 75, inc. 22).
- (26) Cfr. Navarro del Valle, Hermes, El derecho a la vida..., cit.
- (27) Publicada en el diario Ostschweiz el 7 de marzo de 1987. Cit. por Navarro del Valle, Hermes, El derecho a la vida..., cit.
- (28) Peligros e incertidumbres de la fecundación in vitro. 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. Por ello es una práctica habitual en los Centros de Fertilización que entre las 14 y 19 semanas se realice un diagnóstico prenatal y si existe una probabilidad de malformación se provoque el aborto. Navarro del Valle, Hermes, El derecho a la vida..., cit.
- (29) 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/XI/96), transfiriendo 3 embriones, lo que nos da un éxito del 4,5% por cada embrión, o una mortalidad de 95,5%. 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 tiene una tasa de éxito de 27.7% de embarazos por ciclo. Para conseguir un embarazo hubo que transferir una media de 7,8 embriones. Consideremos además que no toman en cuenta los embriones desechados o muertos y no transferidos. Datos más recientes arrojan resultados similares.
- (30) 12 de diciembre de 2008. Publicado en la web del Vaticano: www.vatican.va.
- (31) “Perviedad” significa bloqueo.