

Título: ¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?(1)  
Autor: Marrama, Silvia  
País:  Argentina  
Publicación: El Derecho - Política Criminal, Tomo 245, 1244  
Fecha: 06-12-2011 Cita Digital: ED-DCCLXXII-789

## Sumarios

1. Introducción. - 2. Regulación legal de la fecundación artificial extracorpórea. 2.1. *Presupuestos*. 2.2. *Las técnicas de fecundación artificial a la luz del ordenamiento jurídico positivo vigente*. - 3. Constitucionalidad de los proyectos de ley sobre la materia. - 4. Responsabilidad internacional del Estado argentino. - 5. Conclusión.

### ¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?(1)

1

#### Introducción

Desde comienzos de la década de los noventa se han presentado diversos proyectos de ley en el Congreso de la Nación referidos a las técnicas de fecundación artificial, tanto extracorpórea como intracorpórea, a la par que nacían en la Argentina los primeros niños concebidos artificialmente(2).

El único proyecto que ha obtenido media sanción ha sido aprobado por el Senado de la Nación en la sesión del 2-7-97, y autorizaba “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 Almodévar(3), el proyecto -conf. art. 1º(4)- 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 médicos(5) o centros médicos especializados para tal fin (art. 2º). En el art. 7º 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. Pero, en el estado actual de las técnicas, estos riesgos no pueden evitarse(6).

En la actualidad, existen dictámenes *favorables* a la autorización legislativa de estas técnicas (uno en mayoría y tres en minoría) emitidos por la comisión de cabecera de la Cámara de Diputados de la Nación (Acción Social y Salud Pública). El resto de las comisiones que los evaluarán son: Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Legislación General y Presupuesto y Hacienda(7). “A la Comisión de Familia llegaron tres anteproyectos de dictamen emitidos por Salud; el de mayoría fue impulsado férreamente por la diputada Silvia Majdalani (PRO, Bs. As.) y tiene dos disidencias parciales de Nancy González (FpV, Chubut) y María Luisa Storani (UCR, Bs. As.). Los dictámenes de minoría fueron suscriptos: uno por los radicales Mario Fiad (Jujuy) y Sergio Pinto (Mendoza) y el otro por la diputada Ivana Bianchi (PJ Federal, San Luis) y Mónica Torfe (Renovador de Salta)”(8). El dictamen de mayoría permite la donación de gametos y embriones, su congelamiento por diez años y su posterior descarte (muerte), el alquiler de vientres y ordenan la cobertura obligatoria e integral por parte del sistema de salud de estas técnicas(9).

*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*.

A nivel provincial, es preocupante la promulgación de la ley de la Provincia de Buenos Aires 14.208, sancionada el 2-12-10(10), y la media sanción de un proyecto de ley mendocino que también prevé el acceso gratuito a estas técnicas mediante su cobertura obligatoria e integral por parte del sistema de salud(11).

2

#### Regulación legal de la fecundación artificial extracorpórea

##### 2.1. *Presupuestos*

El examen crítico de un proyecto de ley presupone una toma de posición explícita por parte de quien lo analiza del tema en cuestión. Exponemos a continuación nuestra posición sobre las técnicas de fecundación artificial, basada en una antropología, una ética y una concepción jurídica realista(12).

2.1.1. *Dignidad*. La ciencia afirma que todo ser humano tiene un comienzo: la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Ese ser humano es digno, único e irrepitible, y por lo tanto no sólo tiene derecho a nacer, sino también a tener un origen humano, conforme lo indica su naturaleza: por un acto sexual (unitivo y procreativo) entre un hombre y una mujer. No es digno de una persona ser producida por medio de diversas técnicas de laboratorio, que la manipulan como si fuera una cosa. El hecho de que la técnica de fecundación artificial esté llegando a resultados asombrosos no debe inducir al “mito del progreso científico”(13) como valor supremo de humanización. Las técnicas son deshumanizantes(14).

La dignidad ínsita a todo ser humano desautoriza asimismo que se hable de 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.

Por otra parte, las técnicas no sólo se emplean para paliar la infecundidad de las parejas sino, por sobre todo, para experimentos científicos(15).

2.1.2. *Derecho a la vida.* Lo más dramático de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea es la *muerte*(16) de innumerables embriones humanos que provocan(17) y que no puede asimilarse a la pérdida de embarazos naturales, pues en estos casos no hay intervención tecnológica que pueda hacerlas reprochables al hombre(18). Es sugestivo el título de un editorial de la revista norteamericana Newsweek: *Estados Unidos: la lotería de la fertilidad. La fecundación artificial tiene más de negocio que de medicina*(19) y del libro *Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*(20).

Cabe agregar que la propia Red Latinoamericana de Reproducción Asistida(21) reconoce expresamente que el congelamiento de embriones “se ha convertido en una *tecnología estándar* en reproducción humana”. Esto se debe, entre otras causas, a que la hiperestimulación ovárica que usualmente precede a la fecundación artificial produce en la mujer una fase lútea deficiente(22), que debe ser remediada médicamente(23) antes de la transferencia de los embriones, para que éstos logren implantarse(24). A ese procedimiento técnico de congelamiento/descongelamiento, *sólo sobrevive el 50% de los embriones*(25).

2.1.3. *Derecho a la salud.* Aun para los embriones *sobrevivientes* que logran implantarse en el útero de la gestante, los riesgos no terminan; hay claras indicaciones en la literatura científica de  *aumentos significativos de las patologías genéticas y congénitas en los nacidos de fecundaciones artificiales, causadas* por las técnicas de reproducción artificial(26). Varios de los daños a la salud de los embriones producidos extracorpóreamente se deben a las sustancias tóxicas que se les inyectan a modo de “crioprotectores” durante el procedimiento de congelamiento(27).

2.1.4. *Derecho a la identidad.* Muy frecuentemente el nacido como producto de estas técnicas se encuentra imposibilitado de conocer quiénes son su padre y su madre biológicos. Este daño no sólo configurará en los casos de fecundaciones heterólogas(28) simples(29), sino también en caso de “fecundaciones heterólogas por errores imputables a los profesionales intervinientes”(30), cuando, v.gr., se “traspapelen” los gametos de los cónyuges en una fecundación homóloga y en su lugar se utilicen gametos ajenos al matrimonio, casos harto frecuentes(31). Asimismo, abundan los *fraudes* en la identidad del paciente(32).

## 2.2. Las técnicas de fecundación artificial a la luz

### *del ordenamiento jurídico positivo vigente*

2.2.1. La legislación positiva argentina -con excepción del decreto 200/97(33)- no aborda expresamente el problema de la fecundación artificial extracorpórea, pero el ordenamiento normativo vigente en la Argentina - que es jerárquico- es *suficiente* para afirmar que estas técnicas *se encuentran implícitamente prohibidas* y que cualquier norma que las autorice debe ser declarada *inconstitucional* por nuestros jueces.

2.2.2. El hecho de que no se haya legislado expresamente la prohibición de las técnicas no afecta su antijuridicidad, 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(34).

2.2.3. El recurso a las técnicas -en las que se da un gravísimo atentado contra la vida, la salud y la dignidad de la persona humana- constituye delito(35).

3

Constitucionalidad de los proyectos de ley sobre

la materia

Clasificamos los proyectos sobre fecundación artificial extracorpórea en proyectos *prohibitivos*(36) y *permisivos*. Todos los proyectos legislativos nacionales con estado parlamentario, así como la ley de la Provincia de Buenos Aires recientemente promulgada y el proyecto de ley mendocino mencionados *ab initio*, son permisivos.

Por las razones que expondremos a continuación, consideramos que para conformarse con el ordenamiento jurídico argentino, cualquier norma que se refiera a las técnicas bajo análisis debe ser prohibitiva. Y no sólo las técnicas no pueden ser autorizadas legislativamente -mucho menos ordenarse al sistema de salud su cobertura gratuita-, sino que ni siquiera quedan resguardadas por el art. 19 de la Constitución Nacional, ya que su utilización vulnera gravemente derechos y garantías tanto de las personas que mueren como de las pocas personas que nacen como producto de aquellas, a la par que quebrantan el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Todo proyecto permisivo, tanto amplio como moderado, es inconstitucional y tal debe ser declarado de oficio(37) por los jueces. Así sucedió en Costa Rica(38), decisión que fue avalada, años después, por los legisladores costarricenses, pese a sufrir presiones de organismos internacionales para sancionar una legislación permisiva(39). De igual modo, corresponde que los jueces declaren la nulidad(40) de todo contrato referido a las técnicas.

En efecto, el embrión humano es persona(41). Y, como lo es, todas las técnicas de fecundación artificial extracorpórea -dado que ponen en peligro su vida, su salud, su identidad, y atentan contra su dignidad- deben ser prohibidas expresamente por la legislación por violar derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional.

Por otra parte, al practicarse la selección embrionaria preimplantacional mediante diagnóstico genético, se configura una discriminación entre los embriones, basada en razones eugenésicas, que violenta una vez más su dignidad, además de lesionar su derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN, 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño), y configura acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Una ley permisiva moderada no podrá evitar la mencionada selección embrionaria preimplantacional -así como la reducción embrionaria en embarazos múltiples(42)-, ya que constatar que estas prácticas no se llevan a cabo es de imposible contralor por la autoridad sanitaria. Lo mismo sucede con la práctica del congelamiento *sine die* de embriones (que comporta su muerte lenta). Las tres prácticas mencionadas violan la veda constitucional de discriminación arbitraria.

Manifiesta resultará, asimismo, la violación -por parte de una ley permisiva- del art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “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”(43).

4

Responsabilidad internacional del Estado argentino

La sanción de un proyecto de ley permisivo de la fecundación artificial extracorpórea conllevará 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 continuar la *tolerancia* por parte del Estado frente al recurso a las técnicas)(44).

5

Conclusión

Tal como nos enseña la legislación comparada(45), 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.

Por otra parte, permitir estas técnicas por vía legislativa “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”(46) (esta afirmación, que fue hecha en 1983 respecto del aborto, es hoy una realidad en virtud de la mayoría de las sentencias judiciales referidas no sólo a este delito sino también a la fecundación artificial extracorpórea, las cuales hacen lugar a las solicitudes de cobertura gratuita de estas técnicas por parte del sistema de salud).

Finalmente, cabe decir sin circunloquios que la cruel práctica del congelamiento de embriones -tecnología estándar asociada a cualquier técnica de producción humana extracorpórea- no cesará en tanto no se prohíban total y definitivamente las técnicas.

voces: **constitución nacional - ley - bioética - derecho internacional público - persona - derechos humanos - tratados y convenios - derecho comparado**

(1) Consideramos que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son todas aquellas por las cuales se “fabrica” una persona fuera del cuerpo de una mujer, sustituyendo así el acto sexual de los progenitores. En algunos casos, esas personas concebidas extracorpóreamente son transferidas al vientre de una o varias mujeres para ser gestadas.

(2) “En 1995 nacieron Eliana y Pablo como resultado de la primera fertilización in vitro exitosa”. Lancuba, Stella, Problemas de fertilidad: Tratamientos de fertilización asistida en Argentina, en [http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas\\_fertilidad\\_argent.php](http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_argent.php), acceso el 16-10-11 a las 18:01 hs.

(3) Las declaraciones de Enrique Martínez Almudévar (médico, Senador por La Pampa, miembro informante del dictamen de mayoría), 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”. Intervención durante las sesiones que se desarrollaron en el Senado de la Nación a partir del 25-6-97, 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. Por lo tanto, no puede asimilarse a la diálisis renal, trasplante de córnea, etcétera.

(4) Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida (Expte. 83-S-97), con media sanción del Senado, aprobado el 2-7-97 (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”.

(5) 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.

(6) Por razones de brevedad nos remitimos a la demostración que hemos realizado en la tesis doctoral que hemos defendido el 2-6-11 en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, sede Buenos Aires, sobre La fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino.

(7) Información suministrada por la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación.

(8) Conf. Boletín electrónico Notivida, año X, n° 761, del 11-6-11. Editores: Lic. Mónica del Río y Pbro. Dr. Juan C. Sanahuja, en <http://www.notivida.org>.

(9) Conf. Boletín electrónico Notivida, año X, N° 740, 742 y 743. Editores: Lic. Mónica del Río y Pbro. Dr. Juan C. Sanahuja, en <http://www.notivida.org>.

(10) 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 de Buenos Aires. Las parejas que no cuenten con esa cobertura médica podrán recurrir a cuatro hospitales públicos que se verán obligados a cubrirla. Consultar Lafferrière, Nicolás, Interrogantes de la ley de fertilización asistida en la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 14-2-11, en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org).

(11) Conf. Lafferrière, Nicolás, Avanza en Mendoza ley de financiación de la fecundación artificial, Buenos Aires, 20-6-11, en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org).

(12) 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 respecto de proyectos legislativos sobre fecundación asistida, ED, 147-847.

(13) Este mito sostiene que todos los progresos científicos, por serlo, son sin más moralmente válidos.

(14) V.gr., la práctica inglesa de utilizar óvulos de fetos abortados para fecundar a mujeres estériles -un embrión de cinco meses de gestación tiene 5.000.000 de óvulos-, así como óvulos extraídos de cadáveres femeninos. ¿Qué efecto tendrá en las personas el saber que son genéticamente hijos de un embrión abortado o de una mujer que, en el momento de su concepción, estaba muerta? Conf. Prohíben el uso de óvulos fetales para fecundar mujeres estériles: el método había causado gran polémica en Inglaterra, en diario Clarín, 21-6-94, edición impresa.

- (15) Una noticia publicada por la revista Nature narra experimentos de científicos británicos para fabricar embriones con el ADN proveniente de un hombre y dos mujeres. Empleando este procedimiento se fabricaron ochenta embriones, se les permitió desarrollarse en el laboratorio durante ocho días y luego fueron destruidos. Cit. por Villa, Carmen E., Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres, en Boletín electrónico Zenit, 28-4-10, Códice: ZS 100428, <http://www.zenit.org> Otra publicación (López Moratalla, Natalia, La partenogénesis: sin el glamour de la clonación, en Cuadernos de Bioética 2004/3, págs. 405-415) informa intentos recientes de lograr clones humanos.
- (16) La mortalidad de embriones fabricados mediante estas técnicas es del 95,5%. Conf. Morelli, Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro (Reflexiones iusfilosóficas), en Boletín de Bioderecho VII, ED, 235-1138.
- (17) Una publicación de 2009 (conf. Más de un millón de embriones destruidos en Gran Bretaña en los últimos 14 años, en Provida Press, N° 321, del 31-9-09, Edit. Asociación Valenciana para la Defensa de la Vida) informa la destrucción de más de un millón de embriones en Gran Bretaña en los últimos catorce años.
- (18) Morelli, Mariano, Sobre la antijuridicidad..., cit.
- (19) Conf. 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, Buenos Aires, ADS Prensa, 1995, págs. 2 y 3.
- (20) Spar, Débora L., Baby business: cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad, Barcelona, Tendencias Editores, 2006.
- (21) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Manual de procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida, Santiago de Chile, 1998, en <http://www.redlara.com>.
- (22) "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, 21-4-09.
- (23) "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 dos días después del pico de LH en sangre. La transferencia debe coincidir con un desarrollo endometrial adecuado al estadio celular de los concepti congelados". Marelló, 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.
- (24) 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, 10-2-07, en <http://foropelayo.blogcindario.com/2007/02/00734-destino-de-los-embriones-congelados.html>.
- (25) Diario La Nación, Buenos Aires, 15-6-93.
- (26) Se ha estimado que cerca del 50% de los óvulos obtenidos por estimulación ovárica, el 37% de los cigotos fecundados artificialmente y el 21% de los embriones transferidos presentan anomalías cromosómicas que podrían dar lugar a patologías que impidan su desarrollo normal. Conf. Serra, Angelo, voz Reducción embrionaria, en Lexicon del Pontificio Consejo para la Familia, Madrid, Edit. Palabra, 2004, pág. 1033, cit. por Morelli, Mariano, Reducción embrionaria, Rosario, 2009, inédito.
- (27) "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). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Manual de procedimientos..., cit.
- (28) Según participen o no gametos de terceros, la fecundación artificial puede ser: homóloga o intraconyugal y heteróloga o extraconyugal, siendo ésta la realizada con gameto de un tercero ajeno al matrimonio o a la pareja.
- (29) Las donaciones de gametos son anónimas. Conf. Dinamarca es una potencia exportadora de semen de donante, 2-10-09, en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/dinamarca-es-una-potencia-exportadora-de-semen>.
- (30) La terminología nos pertenece.
- (31) "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, 10-8-09. <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, 4-8-09. <http://www.reproduccionasistida.org>.
- (32) Durante el encuentro anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, 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 cincuenta y dos 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 setenta clínicas del Reino Unido que tienen licencias. De éstas respondieron cuarenta y cinco, y se informó de que se había dado el caso o se sospechaba de fraude en la identidad del paciente en el 37%. Conf. Tres millones de niños probeta: Preocupación por las implicaciones éticas, en Boletín electrónico Zenit, 11-7-06, [www.zenit.org](http://www.zenit.org).
- (33) El decreto prohíbe "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. Conf. Morelli, Mariano, Bioética, procreación y derecho penal. Un "nuevo" Código que nacería "viejo", El Derecho, 21-9-06, págs. 17-18.
- (34) Sobre la conveniencia y prudencia de prohibir expresamente las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, conf. Marrama, Silvia, Dos campanas que retienen: alterum non laedere. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?, ED, 243-1138.
- (35) 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. Conf. 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.
- (36) Conf. los siguientes proyectos prohibitivos, aunque los mismos han perdido estado parlamentario: Avelín, Alfredo reproduce Proyecto de ley de protección de derechos humanos de las personas por nacer Ref. 1352-S-1995 (Expediente 0450-S-97). López De Zavalía, Fernando J.; Meneghini, Javier R.; Ibarbia, José M.; Álvarez Echagüe, Raúl A.; Topa, Raúl R.; Toma, Miguel Á.; 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).

(37) El art. 31 de la CN consagra expresamente el principio de la supremacía. La efectividad de un precepto tan categórico demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes; por ello en Argentina rige el sistema de control judicial difuso (conf. Fallos: 33:162; 267:215; 149:122; 302:1325). Conf. Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, 2ª ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

(38) Conf. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sala Constitucional, in re "Navarro Del Valle, Hermes c. Decreto ejecutivo 24029-S", 15-3-00, en ED, 214-648.

(39) Conf. Costa Rica rechaza ley de fecundación in vitro, San José, 15-6-11, ACI/EWTN Noticias.

(40) 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, a la moral y las buenas costumbres. Por lo tanto, quedan comprendidos en la sanción de nulidad establecida por el art. 953, cód. civil: son actos nulos de nulidad absoluta e insanable. Cabe recordar aquí el art. 2º in fine de la ley 26.061 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- determina que todo acto que lo contrarie es -reiteramos- nulo de nulidad absoluta e insanable. El art. 1047, cód. civil permite y obliga al juez a declarar la nulidad absoluta, "aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto". Para que el juez pueda proceder de oficio 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. Conf. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, t. 2, nº 1974, pág. 627.

(41) Cabe recordar que, para el ordenamiento jurídico argentino, la persona comienza su existencia desde la concepción, es decir, desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

(42) Conf. Serra, Angelo, voz Reducción embrionaria, cit.

(43) En el mismo sentido, la ley 25.467 de Ciencia, Tecnología e Innovación (publicada en B.O. el 26-9-01) establece en el art. 3º 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.

(44) Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 11/90, parágrafo 23. Cit. en CS, in re "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación - Amparo", 5-3-02, ED, 197-13. Fallos: 325:292, cons. 15; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 7/86. Cit. en CS, in re "Ekmekdjian Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros s/recurso de hecho", 7-7-92, Fallos: 315:1492, cons. 22.

(45) Conf. 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. III Congreso Argentino y I Congreso Iberoamericano de Filosofía del Derecho, Política y Bioética, Universidad Fasta, 2006, ponencia presentada: ¿Un Mundo Feliz? España permite la fabricación de niños-medicamento. I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política y IV Jornadas Nacionales de Derecho Natural, Universidad Católica de Cuyo, 2007, Ponencia presentada: La legislación española autoriza la fecundación artificial con fines terapéuticos para terceros.

(46) García Torres, Tristán, La vida y el aborto, en Doctrina Judicial, año V, nº 33, 19-7-89.