

Viar, Ludmila Andrea

Jurisprudencia reciente sobre la persona humana respecto a la fertilización in vitro

Documento inédito

Cátedra Ley Natural y Persona Humana - “Bioderecho”, Proyecto de investigación

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Viar, L. A. (2014). *Jurisprudencia reciente sobre la persona humana respecto a la fertilización in vitro* [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/jurisprudencia-reciente-persona-viar.pdf>[Fecha de consulta:]

“Lo esencial es invisible a los ojos”

Saint-Exupéry

“ Jurisprudencia reciente sobre la Persona Humana respecto a la Fertilización In Vitro”

Por Ludmila Andrea Viar¹

Introducción:

Argentina es parte de la Convención de los Derecho del Niño, que cuenta con jerarquía constitucional (art 75inc 22 CN) y además el mismo país hace una reserva aclarando a través de la ley 23.849 art 2, segunda parte: “*Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”.²

Según la RAE es persona: “*Individuo de la especie humana*”³. Lo que se deduce de esta definición es que el rasgo característico de la persona es la humanidad. Sobre esto nuestro Código Civil, a modo más específico y jurídico, define a persona física de la siguiente manera: “*Son personas todas los entes susceptibles de adquirir derecho, o contraer obligaciones*”⁴. Y añade: “*Todos los entes que presentasen signo característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”⁵.

En este trabajo, nos proponemos analizar tres recientes sentencias que permiten advertir en qué situación se encuentra la persona humana en los inicios de su existencia ante las técnicas de fecundación artificial.

¹ Trabajo de investigación realizado en el ámbito del proyecto sobre Bioderecho bajo la dirección del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere.

² Ley 23.849, sanción: 27/09/1990, promulgación de hecho: 16/10/1990.

³ <http://lema.rae.es/drae/?val=persona>

⁴ Art 30 del Código Civil.

⁵ Art 51 del Código Civil.

Análisis del primer caso: “P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011”

“La ley 26.061(Adla, LXV-E, 4635) de protección integral de los menores sostiene en el art 1 que es objeto de esta ley la “protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”, mientras que en el art 8 que da comienzo al título sobre principio, derechos y garantías establece el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida”.⁶

Este es uno de los fundamentos utilizados en un fallo en donde se discute el derecho de una mujer a implantarse sus embriones criocongelados, los cuales habían sido concebidos mediante FIV con los gametos de ella y de su marido. Durante el tiempo en que la pareja estaba unida, cuatro embriones fueron implantados, de los cuales sólo prosperó el tercero que culminó en el nacimiento de un niño.⁷ Sin embargo, ésta se separa de hecho y el esposo se niega a que los embriones criocongelados restantes sean implantados a la mujer.

Los argumento de la Cámara tienen una fuerte base legal, tanto nacional como internacional, al momento de entender al ser humano como tal desde el momento de la concepción; y que la ley 26.061 reconoce efectivamente los derecho del menor. De esta forma, se parte de la base, de que los embriones son sujeto de derecho y no objetos de derecho.

Por otro lado, el fallo es claro al establecer que la FIV es una situación de hecho que se viene desarrollando antes del año 1985, período en el cual fue sancionada la ley 23.265 sobre filiación y patria potestad.⁸ Es importante resaltar este punto, ya que no se cuestiona la FIV como un hecho con relevancia jurídica, sino más bien su falta de tutela, actual, en torno a un derecho tan esencial como es el de la vida del no nacido, en lugar del derecho de las personas a acceder a estas técnicas.

⁶ P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011.

⁷ Cabe aclarar que este fallo es del 2011, por lo que es anterior a la ley de fecundación in vitro y al “*caso Artavia Murillo y otros*” del 28 de noviembre del 2012.

⁸ P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011.

Uno de los conceptos novedoso que surge del fallo es el de “voluntad procreacional”⁹. El laboratorio toma esta figura como un consentimiento con la eficacia jurídica tal de la autonomía de la voluntad.

“... la carta documento remitida por el IFER por el Sr A.C.S., en la que comunica su absoluta oposición y disconformidad en virtud de la carencia de voluntad procreacional para que el material genético crioconservado le sea implantado a la Sra A.P., la que, tal como refiere el Representante del Ministerio Pupilar, obra en el legajo de la institución.”¹⁰

En este punto hay una serie de cuestiones relevantes a analizar.

La primera es que la actora interpone una medida cautelar de protección de persona (art 234 CPN) en beneficio de los embriones crioconservados. A esta medida se le hace lugar el 29 de octubre de 2008. Además de que en primera instancia se reconoce el derecho de los embriones y la petición de la madre. La medida cautelar trabada no fue un embargo, tampoco fue una prohibición de innovar, sino una medida de protección de persona. Esto implica que la herramienta jurídica procesal se está aplicando para la protección de un sujeto de derecho, en este caso los embriones crioconservados que son incapaces absolutos de hecho (cuya tutela se prevé en el inc 1 del art 54 del CC)

En segundo lugar, el IFER que es donde se encuentran los embriones, toma el consentimiento del demandado, redactado mediante una carta documento que niega su voluntad procreacional. Voluntad procreacional que, cabe aclarar, es negada por el demandando una vez que ya había consentido al momento de prestar los gametos, realizar la fecundación y pagar el tratamiento. Se utiliza de esta forma a la voluntad del demandado como una herramienta jurídica que forma parte del derecho privado previsto en la autonomía de la voluntad que se aplica en los contratos. Sin embargo es evidente, que para la Cámara y el derecho argentino, no se está frente a un objeto de derecho sino a un sujeto de derecho, por lo que se entiende que el consentimiento negativo por parte del demandado no tendría relevancia jurídica.

Por último, la parte final de la transcripción refiere a la intervención del Ministerio Pupilar, figura que se presenta para tutelar el derecho de los embriones que es el

⁹ Este concepto es tratado en el Anteproyecto del Código. Para profundizar más sobre la cuestión: Nicolas Lafferriere, Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N° 54 | Mayo 2011 | pp. 261-275 | ISSN 1852-5970.

¹⁰ P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011

derecho en cuestión y punto de partida. La intervención del mismo deja plasmado el interés estatal y no un mero consenso entre partes privadas.

A pesar de todo este encuadre legal, en el caso en cuestión, la parte actora: *“centra sus críticas en que la sentencia de grado no se ha expedido concreta y claramente acerca de la naturaleza jurídica de los embriones; que **no se respeto su derecho a no ser padre**”*¹¹ (el resaltado me pertenece).

Resulta evidente que todo ser humano tiene derecho a formar una familia y reproducirse, por lo que es claro que hay un derecho a ser padre. De hecho éste se ve tutelado por la CN en el art 14 bis¹².

Sin embargo es cuestionable el hecho de un derecho a *no ser padre*. Es evidente que quien no pretende tener hijos, simplemente no lo haga. En el caso, la parte que alega tener derecho a no ser padre no tuvo en cuenta que al momento de consentir la FIV ya había cinco vidas tuteladas por el derecho argentino, más allá de si fueron dentro o fuera del seno materno. Cinco vidas entendidas como tales desde la concepción¹³, ya que el fallo cita el art 70 CC¹⁴.

Paralelamente, la Cámara aclara que las partes firmaron un contrato donde se determino el futuro para los embriones.

“por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los embriones congelados, los embriones fueran destinados a la donación del/de los mimo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER(pto6 de fs.342). Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente, al como surge del ap.7 de fs. 442.”

De lo dicho hasta ahora, para la Cámara como para nuestra sistema jurídico, es evidente que en Argentina la persona existe desde su concepción. Por lo tanto, no se puede contratar sobre ella, ya que los contratos son sobre obligaciones de hacer, no hacer o dar

¹¹ P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011, pág 4.

¹² “(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

¹³ Entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide.

¹⁴ Cfr. P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011, pág 7.

y en este caso el objeto liso y llano del contrato es el embrión y las técnicas son accesorias al mismo; por lo que si bien podrían llegar a argumentarse que hay una obligación de hacer esta solo es en razón al embrión que no es una cosa¹⁵.

Contratar sobre los embriones resulta violatorio del art 15 CN, segunda parte.

En segundo lugar, desde que una persona, sea en este caso o sea en una relación natural, presta el consentimiento para procrear se vuelve irrevocable e irretroactivo por cuestiones de evidencia natural, ya que el embrión no puede volver a su estado anterior.

En tercer lugar, el art 264 CC¹⁶ define la patria potestad que tienen los padres sobre los hijos, por lo que ya desde el momento en que se concibió el menor hay una responsabilidad hacia el mismo.

Por último, el embrión es una persona, por la cual el Estado tiene responsabilidad, por lo tanto todo lo que refiere a menores en los casos de FIV se vuelve inevitablemente una cuestión de interés público. Sobre esto la Cámara cita a la Constitución de Córdoba reformada en 1987, art 4: *“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos”*¹⁷.

Se muestra además en el fallo una clara contradicción por parte del demandado, quien cuestiona la naturaleza jurídica del embrión, pero que en la audiencia del 360 CPN plantea una “adopción prenatal”. Adopción que no puede darse por evidente negación por parte de la actora. Se genera así una contradicción por la parte demandada, ya que al solicitar la “adopción prenatal” *“...implica reconocer el carácter de persona humana del embrión”*¹⁸.

A primera vista, se puede concluir que en este caso no hay lugar para la alegación del derecho a no ser padre, ya que una vez que se produce la concepción (dentro o fuera del seno materno) ya existe un lazo de filiación que genera responsabilidad.

¹⁵ Es todo aquello susceptible de apreciación pecuniaria.

¹⁶ La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos(...).

¹⁷ Cfr. P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautorias; Cámara Nacional de Apelación en los Civil, sala J; 13/09/2011

¹⁸ Ob.cit.

De esta forma no se puede someter a la simple “autonomía de la voluntad” a estos embriones que también son sujeto de derecho. Además “*hay que subrayar que la filiación biológica marca los límites institucionales de la filiación jurídica*”¹⁹, por lo que no se puede someter únicamente a la voluntad privada de las parte en razón a lo que exclusivamente elijan.

La sentencia que comentamos dispuso que la madre pueda implantarse los cinco embriones restantes. Por lo que se reconoció la personalidad de los embriones y por ende su carácter de sujeto de derecho que impide que se pueda disponer de ellos como objetos que pertenecen a la pareja:

*“Si los que deben nacer no son personas ¿Por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria? ¿Por qué motivo se pena el aborto? ¿Por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso que merezca dicha pena, sino sesenta días después del parto?”*²⁰

Al año siguiente, 2012, a nivel internacional se dio un polémico caso con respecto a la FIV y su utilización. El fallo de la CIDH “*Artavia Murillo y otros*” se fundamentó en el derecho de las personas a acceder a las técnicas de FIV. Sobre este punto explica Lafferriere Nicolás:

*“Como hemos visto, la CIDH invierte el orden del razonamiento: en lugar de considerar como punto de partida la inviolabilidad de la vida humana del embrión y analizar si la FIV implicaba algún tipo de afectación de ese derecho a la vida, el Tribunal parte de un supuesto derecho de los matrimonios accionantes a recurrir a la FIV(…)”*²¹

Análisis del segundo caso: “Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012”

El 3 de febrero de 1955 es emitido un Decreto Ejecutivo en el Estado de Costa Rica a través del Ministerio de Salud. Este se ocupó de regular las técnicas de FIV. Además definió las técnicas de reproducción asistida como “*todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de*

¹⁹ Carlos Martínez de Aguirre; “La Filiación, entre Biología y Derecho”; pág5.

²⁰ P., A.c.S.,A.C.S/ medidas precautoria, cita en la pág 7 la nota al art 21 del Esboco de Freitas.

²¹ Lafferriere, Jorge Nicolás; “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías*”; Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, Buenos Aires, Marzo de 2013.

manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”²². (el resaltado me pertenece)

Este decreto fue acusado de inconstitucionalidad a través del artículo 75 de la *ley de la Jurisdicción Constitucional*²³. Hermes Narro del Valle presentó esta acción alegando que la FIV atentaba contra el derecho a la vida.

Alguno de los argumentos presentados en contra del decreto fueron los siguientes:

- 1) La FIV no cura la enfermedad de la esterilidad.²⁴
- 2) Resulta violatoria la eliminación de los niños que se produce al introducir seis de ellos al seno materno. Se asimila a una “*ruleta rusa*”.²⁵
- 3) La vida comienza desde la *fecundación*, por ende la eliminación de estos es inconstitucional en relación al derecho a la vida.²⁶
- 4) La FIV al ser un proceso más bien privado y aislado resulta de difícil control por parte del Estado.²⁷
- 5) Fueron mayores las malformaciones producidas por la FIV que por la fecundación natural.²⁸

La Sala Constitucional voto a favor de la inconstitucionalidad de este decreto. En principio por resultar violatorio al “principio de reserva legal”²⁹. Por lo que la regulación del derecho a la vida y a la dignidad por parte del Ejecutivo resultaba atentatoria contra este principio. Además, la Sala reflexionó sobre el hecho de que a partir de la concepción hay persona, titular de derecho, y que la sociedad y el Estado no

²² Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, 3 de febrero de 1995, art 2.

²³ “*Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de habeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto*”.

²⁴ Conf. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, Hechos, pág21.

²⁵ *Ob.Cit*

²⁶ *Ob.Cit*

²⁷ *Ob.Cit*

²⁸ Conf. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, Hechos, pág21.

²⁹ “*solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales*”

deben ejercer acciones ilegítimas sobre el mismo³⁰. Por último, aclaro, respecto al embrión que “(...) *el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida*”³¹.

El 30 de mayo de 2008, fue interpuesta una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala del año 2000. Sin embargo, fue rechazada, ya que la jurisprudencia de la misma resulta vinculante *erga omnes*, “*salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ella puede ser modificado cuando existan motivos para ello o razones de orden público*”³².

Por lo tanto, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social para que se le permita realizar la FIV. Al respecto, el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda determinó que:

*“(...) la FIV como mecanismo de reproducción asistida no estaba prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, “máxime que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre”*³³

El conflicto en síntesis se da por un grupo de parejas que reclaman a la CIDH que no había una regulación efectiva de la FIV más allá de lo que había dicho la Sala.

Las cuestiones de fondo sobre las que se expidió la CIDH, la Comisión y el Estado fueron las siguientes:

1) En primer lugar se trata el “Alcance de los derechos la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso”:

³⁰ Confr. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, Hecho, pág 30.

³¹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90).

³² Sentencia de la Sala Constitucional 2005-10602 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842).

³³ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5859).

La Comisión entendió que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera de intimidad familiar, de forma tal que queda sometida a la *autonomía de las partes*³⁴.

Esta afirmación de la Comisión tiene dos puntos a contemplar. El primero es que efectivamente toda persona que decida formar una familia, queda bajo su esfera de intimidad la decisión de tener hijos. Sin embargo, desde un segundo punto, la Comisión habla de “autonomía de la voluntad”. En lo que respecta al derecho argentino, este concepto, se aplica en el plano de los contratos donde rige el principio de que éste es ley para las partes. El uso del lenguaje que hace la Comisión, remite a pensar a los hijos como un bien jurídico al que los padres tienen acceso según su voluntad.

En consecuencia con esto la Comisión dice que: “(...) *la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia*”³⁵. Es de evidencia natural que forma parte del hogar conyugal la posibilidad de realizar una planificación familiar correspondiente a cada hogar. Sin embargo, en virtud al derecho que cada pareja tiene a procrear, la Comisión se apoya sosteniendo que la FIV forma parte de éste y que por tal el Estado de Costa Rica debería contemplarlo no solo como un derecho a fundar una familia sino también como un derecho a la salud. Sin embargo, la esterilidad³⁶ resulta una disminución de las capacidades propias del hombre, a lo que la FIV se encuentra lejos de solucionar, pues no trabaja sobre la enfermedad, sino más bien suple mediante la técnica, de forma que la esterilidad permanece³⁷.

Reafirmando lo sostenido por la Comisión, la Corte dijo: “*el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud*”

³⁴ Conf. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, pág 43, punto 137.

³⁵ Conf. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, pág 44, punto 137.

³⁶ Según la Organización Mundial de la Salud, “*Infertility is “a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse.*” (Traducción: Es una enfermedad del sistema reproductivo definida por la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección)

³⁷ Cnfr. Lafferriere, Jorge Nicolas, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías” Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, Buenos Aires, Marzo de 2013.

reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”³⁸

En conclusión lo que la Corte y la Comisión dicen es que:

“En síntesis, la argumentación se fundamenta inicialmente en el derecho a la privacidad, y desde allí pasa por la autonomía y la libertad, el derecho a fundar una familia, la salud reproductiva, la integridad física y mental y el acceso a la tecnología médica, para concluir afirmando que el acceso a la FIV es un derecho.”³⁹

2) En segundo lugar se analizaron los “Efectos de la prohibición absoluta de la FIV”

La Corte entiende que el límite impuesto por la Sala Constitucional en lo referente a la FIV resulta desproporcionado y por tanto una prohibición absoluta de la misma⁴⁰. Al respecto Molina, por parte de la Comisión dice que:

“no sólo resultó en una injerencia o invasión abusiva y arbitraria de la autonomía y privacidad de las [presuntas] víctimas del caso, sino que se constituyó en una anulación absoluta del derecho a decidir tener hijos biológicos”⁴¹.

La Corte hace un planteo que reposa en el derecho a procrear, al decir que tanto la intimidad familiar como la libertad dan el derecho a acceder a las nuevas tecnologías para lograr su fin. *“(...) la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamiento que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”*.⁴²

De esta forma, la Corte marca la necesidad de acceder a las nuevas técnicas en virtud de los derechos sexuales y reproductivos, pudiendo elegir la técnica que les permita tener los hijos biológicos que las parejas quieran. Paradójicamente, es tratado en el fallo, la

³⁸ Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, punto 146.

³⁹ Lafferriere, Jorge Nicolás; *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías”*; Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, Buenos Aires, Marzo de 2013.

⁴⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, punto 141.

⁴¹ *Ob.cit.*, punto 153.

⁴² *Ob.cit.*

baja efectividad de la FIV. Pues al no ser una técnica al máximo desarrollada, tampoco lo son sus posibilidades de resultados positivos⁴³.

Se utilizan vidas y se las descarta en beneficio de quienes extreman situaciones para tener un hijo biológico. “En Gran Bretaña se dieron a conocer recientemente datos que consignan que por cada mujer que recurre a la FIV se utilizan 15 embriones y que el total de embriones eliminados desde 1991 ascendió a 1,7 millones.”⁴⁴

A su vez, La Universidad de Navarra realizó una estadística donde se demostró que la eficacia de la FIV era mucho menor a la natural en comparación con el gran descarte de vidas que provoca la FIV.⁴⁵

3) El tercer punto a tratar fue “Interpretación del art 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso”

El artículo 4.1 de la Convención dice: “*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*”.

La Comisión, al igual que la Corte, pone en duda el concepto de “concepción” alegando que no es unívoco. De esta forma se remitió a dos teorías, la concepción entendida como fecundación; o la concepción entendida como implantación.

Finalmente, la Corte entiende que en el caso de FIV no habría vida hasta el momento de la concepción entendida como implantación, por carecer del medio necesario para el desarrollo embrional⁴⁶.

⁴³ Cnfr. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*.

⁴⁴ Lafferriere, Jorge Nicolas, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías” Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley, Buenos Aires, Marzo de 2013. Cita sobre este punto la siguiente fuente: <http://www.abc.es/sociedad/20130103/abci-embriones-destruccion-inglaterra-201301021916.html> (último acceso: 5-2-2013).

⁴⁵ Conf. <http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html#nota1>: “Se suele afirmar que la FIV con transferencia de embriones tiene un porcentaje de éxito similar o superior a la naturaleza. Para hacer esta afirmación se toman las cifras menos optimistas para el resultado natural (el 25%) y las más optimistas del número de matrimonios que sale de la FIV con un niño en brazos (45%). Sin embargo, esta comparación está errada, ya que la naturaleza consigue ese 25% (probablemente más) con un solo embrión, mientras que la técnica lo consigue con una veintena: la FIV tiene una eficacia incomparablemente menor”.

⁴⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, punto 171 a 173.

Esta solución, fue injusta por no considerar el hecho de que el impedimento de desarrollo de aquellos es la propia mano del hombre y la tecnología; y que ante la duda en lugar de adoptar una postura *pro hominem* se toma una posición conveniente a los intereses de las parejas o personas que buscan un hijo por medio de estas técnicas.

Por su parte May realiza un planteo extremista, cuestionando el carácter absoluto del derecho a la vida y el momento efectivo de su tutela jurídica:

“El nacimiento con vida determina la existencia de la persona humana y el reconocimiento de su personalidad jurídica, por la que no es titular de un derecho irrestricto e incondicional a la vida, y el no nacido es un bien jurídico pero no una persona”⁴⁷ (el resaltado me pertenece)

De esta afirmación se desprenden dos temas. El primero es que se está supeditando el reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión a una condición suspensiva como es el nacimiento con vida. El segundo, es que se le está asignando al no nacido la naturaleza de un bien jurídico. Esta argumentación, demuestra que para May, efectivamente hay un derecho al hijo biológico, ya que parece entenderlo como un bien que pertenece a los padres.

Si bien la Corte no es tan directa, como el planteo analizado *ut supra*, no es lejana su posición al centrar los argumentos del fallo en razón del interés de las personas que quieren un hijo, dejando de lado los derechos del mismo, por no reconocerles personalidad a los niños concebidos por FIV hasta su implantación.

Es así, como el planteo de la Corte, atenta contra el sistema americano que procura el derecho a la vida en la misma Convención y omite considerar el *principio universal pro homine y el indubio pro vida*. Además la Corte se extralimita al querer determinar una cuestión de fondo como el comienza la vida, cuestión que no correspondía al análisis.

En contraposición, Costa Rica, en sus alegaciones, desmiente la prohibición de la FIV, sino más bien una restricción de la misma, **donde no deja de reconocer la humanidad del no nacido desde la concepción**⁴⁸. Lo interesante del planteo por parte del Estado es que su punto de partida es la persona por nacer y su derecho a la vida.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, pág 53, punto 165.

⁴⁸ Cnfr, *Ob.cit*, punto 156.

Si bien es legítimo que exista un derecho a la procreación, ese derecho se desnaturaliza y vuelve ilegítimo al tomar al embrión como el resultado de técnicas que son inciertas y que atentan contra el estado biológico como jurídico del embrión.

En respuesta a las palabras de la Comisión y la Corte, Costa Rica dijo: “(...) *no es sólo una célula humana sino un nuevo ser humano*”⁴⁹. Y citó la Declaración Universal de Derechos Humanos “*protege al ser humano desde su inviolabilidad, la cual puede determinarse desde unión de óvulo y espermatozoide*”⁵⁰. Es claro entonces que hay vida indefensa para el Estado que debe ser tutelada.

Es cuestionable este argumento de la Corte, porque al afirmar esto, no reconoce la personalidad de la persona por nacer sino hasta su efectiva implantación, acto que con la FIV puede retrasarse varios días. De modo que se estaría suspendiendo el derecho, fuente del resto de los derechos, a la condición de la implantación.

4) Por último la “Proporcionalidad de la medida de prohibición”

En pocas palabras, lo que se trata en este punto, es la discriminación que sufrieron las parejas con discapacidad de infertilidad. La Corte sobre esto se expresó de la siguiente manera:

*“(...)la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.”*⁵¹

Con este párrafo la Corte termina de despojar de toda humanidad e importancia al embrión, poniendo el centro de la cuestión en las necesidades y deseos de las parejas. Sin entrar en consideración de que se encuentra frente a un sujeto de derechos, indefenso y que por tal el ordenamiento jurídico debería proteger para lograr la equidad.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, pág 54, punto 167.

⁵⁰ *Ob.cit.*

⁵¹ Corte Interamericana de Derecho Humano; Caso Artavia Murillo y otros. vs Costa Rica; sentencia 28 de nov de 2012, *Derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación*, pág 86, punto 272.

En la conclusión final se entendió que se violaron los siguientes artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Análisis del tercer caso: “P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo”

A raíz de toda la movilización que generó el tema de las técnicas de Fecundación In Vitro se promulga en nuestro país, el 5 de junio del año 2013, la ley 26862. Esta ley en escasos 12 artículos contempla la obligatoriedad de la aplicación de las técnicas de FIV de forma gratuita para quien lo solicite, ya sea en una entidad de salud pública o privada.

Previo a la promulgación de esta norma, se había generado en la provincia de Salta un caso, en el cual se solicitaba la cobertura de un tratamiento de esta índole. El caso se trata de una mujer que padece tiroiditis de Hashimoto, quien reclama a través de un amparo a la Obra Social su obligación de cubrirle el gasto de la FIV. Pues *“el médico tratante les informó que la única posibilidad que les queda de ser padres es el procedimiento de Fertilización In Vitro(...)”*⁵².

Sin embargo, procedió una apelación a la Cámara Federal de Salta, para ese momento había sido promulgada la ley 26862.

En la instancia anterior hubo una fuerte adhesión al fallo de la CIDH. En la Cámara Federal si bien, en razón a la nueva norma, se autoriza la aplicación de las técnicas de fertilización in vitro, no se le reconoce fuerza vinculante al caso Artavia. Además, la aprobación de la Cámara Federal, respecto de la aplicación de la técnica, se da con ciertas restricciones con motivo de tutelar no sólo los intereses de la mujer sino también los del embrión.

En primer término se aclara que las decisiones que tome la CIDH sobre un caso, en donde Argentina no es parte, no genera ningún tipo de responsabilidad internacional para el país. Esto se fundamenta en el art 68.1 de la Convención.

⁵² P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo” – Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Sala-Tercera.

“En efecto la citada norma determina con exactitud los alcances de las resoluciones de la CIDH respecto de los países signatarios de la Convención, al disponer que “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte **en todo caso en que sean partes**” (el destacado me pertenece), de lo que, a *contrario sensu* se deduce que “no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes(...)”⁵³

Resulta de gran relevancia este argumento, pues esclarece la situación al decir que el fallo Artavia no obliga a la Argentina, y que además las sentencias de la CIDH no tienen carácter *erga omnes*, sino que se aplican al caso concreto al igual que las decisiones de nuestra Corte Suprema de Justicia.⁵⁴

En segundo lugar, la Cámara fundamenta su análisis no solo en el derecho de la mujer al acceso a la salud y a formar una familia, sino que también sopesa los derechos del embrión. De esta forma busca armonizar ambos derechos sustentados en los principios *ius* fundamentales de nuestro país. En palabras de la Cámara:

“(…) habiendo reconocido, además, la personalidad del embrión desde la fecundación, y por extensión al ovocito pro nucleado, se sostuvo que los mencionados derechos a la salud y a la maternidad debían compatibilizarse con los que poseen los embriones a la vida y a la integridad física (...)”⁵⁵

Esto genera responsabilidad en contemplar un “margen de discrecionalidad” para evitar extremismos tales como utilizar la FIV sin ningún tipo de restricción explícita, ya que la ley 26862, ni su reglamentación contemplan situaciones que pueden darse a través de la aplicación de estas técnicas. El grave conflicto de extremar medidas para la obtención de la paternidad como un derecho, genera que se desvirtúe el mismo. Y es a raíz de estos medio invasivos que no se afecta solamente a quien accede a la técnica, sino también a un tercero que en este caso es la persona por nacer. De esta forma se provoca

⁵³ “L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007/13 (Juzgado Federal de Salta N° 1) //ta, de julio de 2013

⁵⁴ Cfr. *Obcit.*: “si se explora en nuestra propia tradición constitucional, la conclusión que surge diáfana es que si ni siquiera las decisiones de nuestro más Alto Tribunal poseen carácter vinculante, a fortiori no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto”

⁵⁵ “L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007/13 (Juzgado Federal de Salta N° 1) //ta, de julio de 2013 ; Punto B.- Sobre el análisis del *dictum* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; B.1. Cuestiones preliminares

un abuso del derecho, transgrediendo la esfera de acción de la madre sobre la del hijo y violentando el art 19 de la CN.

Esto provoca que se llegue a cuestionar la existencia de un derecho al hijo, donde ya no se lo reconoce como persona distinta de la madre sino como resultado de una técnica fundamentada en un interés particular sumado a una falta de reglamentaria que provoca grandes lagunas legales.

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

El tercer punto a tener en cuenta que explica en extenso la Cámara es que en nuestro ordenamiento hay vida desde la concepción entendida como fecundación, entendida como unión de gametos. Y aclara que esto no se aplica sólo a los concebidos dentro del seno materno, como distingue Artavia, sino que fuera del seno materno también, por más que no se den las condiciones propias de la concepción natural. En un sentido muy gráfico, la Cámara se expide sobre el tema con la siguiente imagen:

En efecto, si se siguiera la lógica del fallo, cabría concluir que no son personas, por ejemplo, el recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pues es claro que tampoco podría desarrollarse por falta de nutrientes y del ambiente adecuado para ello; ni quien mantiene su vida vegetativa con ayuda de la tecnología médica, pues su dependencia resulta evidente.⁵⁶

Siguiendo esta línea de exposición, podría pensarse que habría abandono de persona si se considera que los concebidos no son implantados, negándoles de esa forma los nutrientes y medios necesarios para su desarrollo. Se los colocaría en una situación de desamparo que provocaría el aborto de éstos por una acción omisiva. En consecuencia el tipo penal se agravaría.

En cuarto lugar, se hace una aplicación, más que correcta, del principio pro hominem. Pues bien, a pesar de que la CIDH presenta dos teorías, la de la concepción y la de la implantación, opta por inclinarse hacia la segunda, ya que pese a reconocer que hay una célula con un ADN distinto, prefiere correr el momento del comienzo de la vida a la implantación por ser más viable el desarrollo embrional. Sin embargo, ante la duda,

⁵⁶ P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo” – Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Sala-Tercera.

evita adoptar el principio universal pro hominem, que sí tiene en cuenta el tribunal argentino. En palabras de Mónica Pinto, este principio:

“(…) es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁵⁷

Por último, con gran precisión, se destaca la diferencia entre la persona por nacer y la mujer, distinción similar a la utilizada en el primer fallo analizado en éste trabajo. Resulta determinante esta diferencia final, ya que no sólo se defiende la vida desde la concepción (entendida como fecundación) sino que se marca la existencia de dos sujetos de derecho que requieren tutela y cuidado. Y que si bien es necesario proteger a la persona de la madre, eso no puede ser a costas de la persona por nacer, pues **son los derechos de ambos objeto de protección del ordenamiento jurídico y no el de uno objeto del otro.**

“Al respecto, ha de señalarse que aun cuando la protección de la mujer resulte doblemente fundamental cuando lleva una vida en sí, habida cuenta de su propio carácter de persona y de su condición de portadora del no nacido, no puede afirmarse que ella sea el objeto directo de la protección a la vida, pues se trata de dos individuos diferenciados, cada uno titular por sí del derecho a poseerla, conservarla y transitarla.

Más todavía, la sentencia parece omitir una lectura sistemática de la Convención, en tanto el art. 4, inc. 5, es categórico en cuanto a que prohíbe la pena de muerte de la mujer encinta, disp. idéntico respeto, **lo que no sucedería –tomando a uno como “medio” u “objeto” del otro- de admitirse la tesis del fallo que se glosa.**”⁵⁸ (el resaltado no es del texto original).

La resolución, intima a que la Obra Social preste el tratamiento. Sin embargo se hacen algunas delimitaciones al derecho. Éstas son una especie de reglamentación judicial a través de la sentencia que claro esta es imperativa para las partes.⁵⁹

⁵⁷ Pinto, Mónica; “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos”, en AA.VV., La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163

⁵⁸ P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo” – Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Sala-Tercera.

Las delimitaciones más importantes son: que se va a requerir el consentimiento informado a los amparistas, donde se les explique las posibilidades de éxito de la técnica; tomando a la ley alemana como modelo, se limita a la implantación de tan sólo tres embriones por ciclo, en el caso de que el médico señale la implantación de uno deberá llevarse a cabo de esa forma; por último lo más importante que aclara la resolución es que prohíbe de forma tajante:

*Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método análogo de congelamiento*⁶⁰

⁵⁹ 1) Deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, la aceptación libre y consciente de los amparistas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos.

2) Todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada deberán ser implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres, cantidad que se considera conveniente no superar de conformidad a los estudios realizados y que determinaron tal limitación en la legislación alemana. Y sobre todo en el presente caso en que el médico tratante señaló la conveniencia de transferir un solo embrión. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método análogo de congelamiento.

3) Además de los recaudos que aquí se indican serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos).

4) La demandada deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándose el ejercicio de ese contralor a través de un profesional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas.

⁶⁰ P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo” – Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Sala-Tercera.

Conclusiones:

- 1) Para el derecho argentino hay persona reconocida por el ordenamiento jurídico desde la concepción entendida como la unión de gametos, dentro o fuera del seno materno.
- 2) El embrión, entonces, es sujeto derecho, en especial titular del derecho a la vida que informa a los demás derechos. De modo que es inevitable que sea protegido por el Estado a través de sus instituciones, por su incapacidad evidente de hecho.
- 3) El Fallo Artavia Murillo y otros; no resulta vinculante para el derecho argentino, en razón a la Convención y de su evidente desconsideración de la personalidad del embrión humano entendido como persona desde la concepción (entendida como unión de gametos)
- 4) Si bien existe el derecho a procrear, pues de lo contrario no prosperaría la sociedad, utilizar medios, como la FIV, sin reglamentación práctica y concreta genera que se violenten los derechos de las personas por nacer, haciendo una jerarquización incorrecta que coloca por encima el derecho a procrear y formar una familia (como esfera privada) por encima de la vida de un sujeto de derecho indefenso como es el embrión y que cuenta con tutela por parte de nuestro ordenamiento. Y que además viola el art 19 CN, pues la utilización de la FIV no afecta ya sólo a la pareja sino a un tercero que es la persona por nacer.
- 5) La FIV es una realidad de hecho que acontece a nuestra sociedad y que el derecho debe reglamentar de forma tajante y colocando como eje central el derecho a la vida y subsidiariamente el derecho a procrear.
- 6) Por último, como se analizó, hay quienes entienden al embrión como un bien jurídico objeto del derecho de las personas que buscan acceder a la maternidad o paternidad (análisis de palabras de May, en el fallo Artavia). Es evidente que si se entiende al embrión como sujeto de derecho nunca una persona o una pareja va a poder tener derecho a éste, ya que el embrión no es objeto de derecho sino sujeto del mismo. Acceder a la existencia de un derecho al hijo, sería violatorio del art 15 CN, al poder considerar que una persona tenga acceso a otra sin ningún tipo de límites generando una nueva forma de sometimiento del más débil.

7) Toda persona es sujeto de derecho. El Embrión es personar *ergo* el embrión es sujeto de derecho. Por lo tanto nunca va a poder ser objeto del derecho de otra persona. En conclusión no existe un derecho al hijo.