

Título: El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 143

Cita Online: AR/DOC/3796/2014

Sumario: 1. Introducción.— 2. La protección del embrión humano, más allá de la fecundación in vitro.— 3. La concepción como inicio de la persona humana: consistencia del Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico.— 4. ¿Existen razones para excluir al embrión humano no implantado de la categoría de persona?— 5. El art. 19 y la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.— 6. Conclusiones

La afirmación del art. 19 del nuevo Cód. Civil en el sentido que la existencia de la persona humana comienza con la concepción no es una creación artificial del legislador en 2014, sino una ratificación de una firme práctica jurídica de nuestro país y la región. Y según los Tratados de Derechos Humanos, ser persona no es una concesión que el legislador otorga al ser humano, ni el término persona es un instrumento técnico que permita al legislador ampliar o restringir a su voluntad, sino que el legislador tiene que "reconocer" la personalidad de todo ser humano por el solo hecho de ser tal. Y la concepción nos señala que allí surge un nuevo ser humano, distinto del padre y la madre, y por tanto una persona humana para el derecho.

#### 1. Introducción

La aprobación del nuevo Código Civil y Comercial estuvo acompañada de un intenso debate en torno a uno de los más controversiales tópicos jurídicos vinculados con la persona humana: el relativo al comienzo de su existencia. En efecto, el art. 19 del nuevo Código fue el centro de un encendido debate. En la versión finalmente aprobada, se establece lo siguiente:

"Art. 19.— Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

Entendemos que el análisis del texto presenta en dos planos. Por un lado, resulta indiscutible que la postura del art. 19 resulta consistente con todo el ordenamiento jurídico argentino que reconoce que el comienzo de la existencia de la persona humana se verifica en la concepción. Por el otro, la principal discusión ha estado centrada en el estatuto jurídico del embrión humano no implantado, ante posturas que pretenden negarle el reconocimiento de la personalidad sosteniendo que la concepción debe interpretarse como implantación.

En la presente contribución se formulará un comentario inicial al artículo citado tomando en cuenta los dos planos antes mencionados. Previamente, formularemos algunas precisiones sobre las cuestiones que están implicadas en el debate sobre el estatuto jurídico del embrión humano. Conviene adelantar que se trata de primeras reflexiones, que seguramente serán ajustadas con el devenir de los meses y el enriquecimiento que aporta el diálogo académico.

#### 2. La protección del embrión humano, más allá de la fecundación in vitro

Antes de ingresar en el análisis del texto del art. 19 es oportuno remarcar que las cuestiones biotecnológicas que afectan al ser humano en estado embrionario no se limitan a las técnicas de fecundación artificial. Ello por cuanto se ha afirmado que el art. 19 tendría que ser modificado (o al menos interpretado en el sentido de que concepción equivale a implantación) para permitir las técnicas de fecundación artificial. Pues bien, además de que ello supondría acomodar la definición de persona a un interés previo y extraño a la dignidad humana, resultaría reduccionista pretender agotar la discusión del inicio de la vida al problema de la fecundación artificial cuando hay muchos otros problemas en juego. Veamos una sintética mención de algunos de esos problemas:

— El surgimiento de un mercado reproductivo que no se limita a la dación de gametos sino que abarca también a los embriones;

— La importación y exportación de embriones humanos, tema de creciente regulación en el mundo como lo demuestra la ley alemana de 2002 y los Lineamientos de los National Institutes of Health de los Estados Unidos de julio de 2009;

— La pretensión de concebir embriones con fines comerciales o de investigación biotecnológica;

— La utilización para fines comerciales o biotecnológicos de los embriones sobrantes, congelados y abandonados, o bien destinados a esos fines por quienes encargaron su concepción;

— La patentabilidad de embriones o invenciones que implican destrucción de embriones, tema sobre el cual se tiene en Europa una postura marcadamente prohibitiva, mientras que Estados Unidos presenta una posición permisiva aunque monopólica (caso WARF);

— Los estudios genéticos que permiten predecir enfermedades y la consiguiente presión de obras sociales y empresas de medicina prepaga para la selección de embriones "aptos" y el consiguiente descarte de los embriones "sobrantes", con presión adicional sobre médicos y profesionales de la salud;

— Los intentos de selección genética de las características deseadas de la descendencia, a través de la selección de gametos o bien de la selección de embriones que reúnan ciertas condiciones genéticas buscadas por los que encargan la técnica.

En el plano internacional, el debate sobre el embrión humano excede a la cuestión de la fecundación in vitro y existen antecedentes que señalan la necesidad de no destruir embriones y buscar una definición "amplia" del término "embrión". Por ejemplo, en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de Europa en el caso "Brüstle, Oliver c. Greenpeace eV", dictada el 18 de octubre de 2011, se define qué debe entenderse por "embrión humano" a los fines de la Directiva 98/44/CE sobre patentabilidad de las invenciones biotecnológicas y considera que dicha Directiva excluye la patentabilidad de una invención cuando requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima. Para el Tribunal, constituye un "embrión humano" "todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis". En sus fundamentos, remite a la noción de dignidad humana y sostiene que debe excluirse "la patentabilidad de una invención cuando la información objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que estos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos".

Por su parte, los lineamientos de los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos (National Institutes of Health —NIH—) sobre la investigación en células estaminales humanas ("Guidelines on Human Stem Cell Research") aprobados el 7 de julio de 2009 [\(1\)](#), más allá de varias y justificadas críticas, en la Sección V aclaran que no es elegible para financiamiento de los NIH la derivación de células estaminales embrionarias a través de la destrucción de embriones, pues está prohibido destinar fondos federales para investigaciones que importen la destrucción de embriones en virtud de la Sección 509 de la Omnibus Appropriations Act, 2009 (Pub. L. 111-8, 3/11/09, conocida como Dickey Amendment). En el apartado (b) de la Sección 509 se incluye una definición de embrión a los fines de dicha ley: Para los fines de esta sección, el término "embrión o embriones humanos" incluye cualquier organismo, no protegido como un sujeto humano por el Código Federal de Regulaciones (45 CFR 46 - the Human Subject Protection regulations) que se deriva por fertilización, partenogénesis, clonación o por otros medios de uno o más gametos humanos (óvulo o espermatozoide) o de una célula humana diploide (células que tienen dos juegos de cromosomas, como las células somáticas).

Como se advierte de la enunciación anterior, un conjunto de factores —que no se limitan a los problemas de infertilidad y de técnicas de fecundación artificial— llevan a considerar la cuestión del embrión humano como uno de los temas fronterizos en los que se discute una visión humanista de la vida. Bajo el pretexto de permitir la fecundación in vitro, en los hechos se pretende dejar al embrión humano desprotegido ante el avance de un poder biotecnológico que quiere convertir a la vida humana en pura materia biológica disponible. Según sea la interpretación que se adopte del art. 19, así será el escenario jurídico que proteja o desproteja la vida en toda su extensión.

3. La concepción como inicio de la persona humana: consistencia del Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico

El primer aspecto a destacar del nuevo art. 19 es su consistencia con los Tratados internacionales de Derechos Humanos que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Mucho se ha escrito sobre el tema y en esta instancia parece oportuno recordar que para la República Argentina se entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". En efecto, al ratificar la Convención de los derechos del niño por ley 23.849, nuestro país formuló diversas reservas y declaraciones interpretativas, entre las que se encontraba la presente relativa a qué se entiende por niño. De este modo, cuando en 1994 se otorgó jerarquía constitucional a este tratado internacional en las condiciones de su vigencia, la reserva formulada por nuestro país en la ley 23.849 adquirió dicha jerarquía, de modo que podemos afirmar sin lugar a dudas que la Constitución reconoce al niño como persona desde su concepción.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 1º establece que "persona es todo ser humano", para luego reconocer en el art. 4º que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Del juego de estas disposiciones puede igualmente concluirse que comienza la existencia de la persona desde su concepción.

Ciertamente, la interpretación de este artículo está sujeta a una polémica a partir del fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Volveremos luego sobre el punto, pero en todo caso queda claro que la existencia de la persona comienza con la concepción, más allá de que el término concepción ha sido objeto de una interpretación cuestionable por la CIDH y que no se aplica al contexto de nuestro país.

Son igualmente relevantes los artículos que se refieren al hecho de que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad. En efecto, tal como hemos visto, según el art. 1º de la Convención Americana "persona es todo ser humano". El art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos [1948] establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" y los arts. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre [1948] y art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1996] tienen textos similares. Podemos decir que se ha constitucionalizado la noción de persona y que ella equivale a todo ser humano, de modo que el término "persona" no puede ser considerado como un instrumento técnico del que el legislador puede disponer a su discreción, sino que es una cualidad propia de todo ser humano por el hecho de ser tal y el legislador se debe limitar a reconocer tal personalidad. [\(2\)](#)

La redacción del art. 19 también es consistente con numerosas leyes, tanto nacionales, como provinciales, que ubican el comienzo de la persona en la concepción. Entre otras, podemos mencionar:

a) la ley 24.901 [1997] que establece el sistema de prestaciones para las personas con discapacidad y en su art. 14 afirma: "La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social".

b) El art. 9º de la ley 24.714 [1996] de Asignaciones Familiares que dispone: "La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonará desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo".

c) La ley 25.543 [2002] establece la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal, para dar posibilidad de tratamiento a la madre y a su "hijo por nacer" (art. 3).

Finalmente, el propio Código Civil de Vélez Sarsfield sostenía que la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. Ahora se ha mejorado ese texto conforme a la interpretación más razonable del mismo que señalaba que la mención al lugar de la concepción no significaba excluir de la protección a los concebidos fuera del seno materno. Con la nueva redacción, queda claro que la persona comienza en la concepción, sea que ella se produzca dentro o fuera del seno materno.

En síntesis, esta breve referencia a algunas normas sobre el inicio de la vida humana permite constatar que la afirmación del art. 19 del nuevo Cód. Civil en el sentido que la existencia de la persona humana comienza con la concepción no es una creación artificial del legislador en 2014, sino una ratificación de una firme práctica jurídica de nuestro país y la región. Y según los Tratados de Derechos Humanos, ser persona no es una concesión que el legislador otorga al ser humano, ni el término persona es un instrumento técnico que permita al legislador ampliar o restringir a su voluntad, sino que el legislador tiene que "reconocer" la personalidad de todo ser humano por el solo hecho de ser tal. Y la concepción nos señala que allí surge un nuevo ser humano, distinto del padre y la madre, y por tanto una persona humana para el derecho.

#### 4. ¿Existen razones para excluir al embrión humano no implantado de la categoría de persona?

Sentado el principio que reconoce que la existencia de la persona humana se produce en la concepción, queda ahora por discutir qué alcance dar a dicho término. Al respecto, constatamos la presencia de dos posturas sobre el particular: la primera, sostiene que la concepción se produce en la fecundación; la segunda, considera que la concepción ocurre en la implantación. Entendemos que la primera postura es la más consistente con una interpretación razonada del derecho vigente y con los principios fundamentales que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. A continuación, formulamos unas breves consideraciones sobre el particular.

##### 4.1. Razones por las cuales el embrión humano no implantado debe considerarse como persona

Procurando sistematizar los argumentos en favor de la consideración del embrión humano como "persona" desde la fecundación podemos decir:

a) La redacción inicial del Anteproyecto de Código Civil traía un doble régimen de inicio de la vida y hacía la distinción entre la concepción en el seno materno y la implantación del embrión concebido por técnicas de fecundación artificial. Al modificarse la redacción, se abandona la idea del doble régimen y se unifica el comienzo de la existencia de la persona en el primer momento, de la concepción, que equivalía a la fecundación.

Si la voluntad hubiera sido unificar en el sentido de "implantación", se tendría que haber eliminado la referencia a la expresión "concepción".

b) Las versiones periodísticas afirman que la modificación del art. 19 fue pedida por la Senadora Negre de Alonso, quien en su discurso durante el debate del nuevo Código Civil y Comercial en el Senado dejó aclarado que la palabra "concepción" debía interpretarse como "fecundación".

c) La modificación del art. 19 tiene que ser leída a la luz de la actual redacción del art. 70 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield que se refiere al comienzo de la existencia de la persona desde la concepción en el seno materno. Por tanto, al haberse quitado la expresión "en el seno materno", el lugar donde se produce la concepción resulta irrelevante, como ya lo había señalado importante doctrina y jurisprudencia.

d) Una interpretación armónica del art. 19 con otros artículos del mismo Código permite constatar que la expresión "concepción" es usada en su alcance más amplio, como equivalente a fecundación. Por un lado, el art. 17 se refiere a los derechos sobre el cuerpo y no cabe dudas que es en la fecundación el momento en que comienza la existencia de un cuerpo distinto del padre y la madre. Cuando surge el "embrión" surge un cuerpo y el cuerpo es la persona misma. No podría haber un "cuerpo humano" que sea "no-personal". Por otro lado, el art. 561 al distinguir los consentimientos preconcepcional y preimplantacional, distingue según la concepción se produzca "en la persona" o bien según el embrión sea implantado. Pues bien, cuando ese artículo habla de la "concepción en la persona" es porque, desde el punto de vista lógico, existe la posibilidad de una concepción "fuera de la persona". Y ello más allá de las críticas que nos merezca la técnica de fecundación artificial y también la solución del artículo en cuanto a la revocabilidad del consentimiento preconcepcional.

e) En el art. 57 del nuevo Código Civil, en el capítulo de los derechos personalísimos, el embrión humano es reconocido en su dignidad de persona al prohibir las alteraciones genéticas que se transmitan a la descendencia. En ese artículo no se distingue entre embrión implantado y no implantado y la protección de los "derechos personalísimos" se aplica a todo embrión.

f) El nuevo art. 24 se refiere a las personas por nacer como incapaces de ejercicio y el art. 101 señala que sus representantes son sus padres. Si un embrión no implantado no es persona, ¿bajo qué título sus padres adoptan medidas sobre su vida? ¿se lo considera una cosa sujeta a un condominio? ¿se rige por los derechos reales y por los contratos? Tales interrogantes dejan al descubierto la inconsistencia de excluir al embrión humano no implantado del estatuto de persona, lo que supondría una grave afectación de la dignidad humana.

g) El nuevo Código Civil decidió eliminar la definición de "persona" y "persona física" (arts. 30 y 51 del actual Código), afirmando en sus fundamentos que seguía en este punto al proyecto de 1998. Ahora bien, en ese proyecto se sostuvo: "no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su art. 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin". Por tanto, la noción de persona humana tiene que tomarse como proveniente de la naturaleza y por tanto no puede ser sometida a manipulaciones. El término persona no es un término que pueda acomodarse a intereses previos, sino que tiene que coincidir sencillamente con la noción de ser humano.

h) Este razonamiento resulta consistente con la pretendida finalidad de lograr que el Código Civil sea expresión de la "constitucionalización" del derecho privado. Pues bien, una de las dimensiones fundamentales de tal constitucionalización es una "comunidad de principios" entre derecho público y derecho privado en torno a la persona. Sería inconsistente con tal postura pretender que el código civil regule sólo la persona como un instrumento técnico para fines exclusivamente civiles cuando es bien sabido que la noción de persona es una institución central del derecho de los derechos humanos y no puede quedar sometida a manipulaciones o acomodamientos interesados.

i) Supondría una discriminación en razón del lugar de concepción sostener que un embrión es persona por encontrarse en el seno materno y no lo es por estar fuera de ese seno, máxime que se trata de la misma entidad corporal humana. El lugar de la concepción, o el hecho de la implantación, no dicen nada sobre el embrión en sí mismo y sus características propiamente humanas presentes desde el momento en que los gametos se fusionan y dan origen a un nuevo "cuerpo" que tiene todas las notas de humanidad y por tanto merece el reconocimiento de la personalidad.

Todos estos argumentos merecen un mayor desarrollo. En todo caso, hemos procurado una síntesis de las razones que nos llevan a sostener la personalidad del embrión humano no implantado en el nuevo Código Civil.

#### 4.2. Respuesta a argumentos que niegan al embrión humano no implantado el estatuto de persona

Junto con los argumentos que permiten concluir que el embrión humano no implantado es persona, corresponde responder otros que sostienen la tesis contraria:

a) Se afirma que la disposición transitoria referida a la "protección especial" del embrión no implantado supondría darle un tratamiento distinto al de la "persona". Al respecto, la disposición transitoria inicialmente estaba incluida en el art. 19 y su redacción era compatible con el doble régimen que traía en su primera versión dicho artículo. Como la nueva redacción eliminó el doble régimen para inicio de la vida, la disposición transitoria no nos dice nada sobre el embrión no implantado sino que se limita a reconocer que en los hechos y sobre todo por la fecundación in vitro a la que hace referencia la ley 26.862 hoy se generan embriones fuera del seno materno y señala la intención de protegerlos ante los riesgos que ello significa. No se podría hablar de protección sino no se reconociera una dignidad presente en ese embrión humano.

b) También se afirma que dado que el art. 20 habla de la época de la concepción y la vincula con el "embarazo", entonces el art. 19 hay que interpretarlo como referido a la concepción "en el seno materno". Ello no resulta correcto, pues la finalidad del artículo 20, que se remonta al derecho romano, es establecer una presunción sobre la época de la concepción. Tal presunción sigue teniendo valor como regla general, aunque lógicamente si la concepción ocurre fuera del seno materno, tal presunción admitirá prueba en contrario, como también se admite en caso de filiación por naturaleza gracias a los medios biotecnológicos disponibles.

c) Un tercer argumento se basa en la redacción del art. 21 que dispone: "Art. 21.— Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume". Respecto a la condición del nacimiento con vida, el tema no es nuevo y ya en el Código de Vélez Sarsfield se entendía que estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido, pues su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios. En efecto, para evitar que una mujer simule un embarazo y luego alegue la pérdida del niño y pretenda ser la única heredera del fallecido prenatalmente, Vélez Sarsfield condicionó la transmisión de derechos al nacimiento con vida. Respecto a la expresión "concebido o implantado en la mujer" del mismo art. 21, entendemos que la finalidad de esta norma es crear una condición resolutoria que no puede interpretarse como derogatoria de la regla fijada por el art. 19. Por otra parte, si el artículo habla de concepción e implantación significa que no los toma como sinónimos, pues aquí hay una clara diferenciación de ambos momentos. En todo caso, los derechos patrimoniales del embrión ya implantado quedan sujetos a la condición resolutoria. El texto no nos dice nada sobre el momento de la concepción. Más aún, distingue concepción e implantación, de modo que concepción debe interpretarse como "fecundación", tal como vimos que ocurre en el 561 del Cód. Civil.

d) Se sostiene que el embrión humano no implantado no sería persona pues es revocable el consentimiento en materia de técnicas de fecundación artificial (arts. 560 y 561). Al respecto, ya hemos analizado la redacción del art. 561 y advertimos que habla de la "concepción en la persona" y hace una diferencia entre "concepción" e "implantación", de modo que se trata de momentos diversos y concepción no queda equiparada a implantación. Por otra parte, estos artículos tratan al embrión como un ente distinto del padre y de la madre. No podemos decir que por el art. 561 el embrión no sea persona. Ese artículo ni siquiera nos autoriza a afirmar que es descartable el embrión. Sólo nos señala que hay necesidad de "renovar" un consentimiento dado antes de la fecundación (utilización de los gametos). Y que si ese consentimiento se revoca entonces no podrá asignarse una filiación al embrión "implantado". Pero ni siquiera nos aclara las consecuencias de la revocación.

e) Se afirma que el embrión humano no puede ser persona porque el Código Civil admite la fecundación extracorpórea. En realidad, como hemos dicho, la cuestión del inicio de la vida resulta decisiva para muchos temas biotecnológicos, no sólo para el debate de la fecundación in vitro y ello sin perjuicio de las críticas de fondo que hemos formulado sobre estas técnicas. Con todo, el hecho de que en el nuevo Código Civil se regulen los efectos filiatorios de la fecundación in vitro heteróloga, no significa nada sobre la personalidad del embrión. Más aún, ninguna norma del nuevo Código autoriza a destruir embriones, e incluso un artículo prohíbe la manipulación genética transmisible a la descendencia (art. 57). Además, como hemos dicho, resulta contrario a la justicia acomodar la definición de persona humana a un interés biotecnológico previo. Decir que un ser humano no es persona para que no obstaculicen las biotecnologías es una manipulación indebida de la personalidad y una discriminación.

Del análisis de las normas del propio Código Civil podemos concluir que no resulta suficiente ninguna de las razones dadas para excluir al embrión humano no implantado de la categoría de persona. Sin embargo, será la sentencia "Artavia Murillo c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012 el principal argumento que se esgrime en tal sentido. Nos detendremos en ese tema a

continuación.

5. El art. 19 y la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como adelantamos en el apartado anterior, el principal argumento para sostener que el embrión no implantado es persona se encontraría en la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tal motivo, a continuación presentamos algunas consideraciones por las cuales entendemos que no resulta aplicable tal sentencia al caso argentino y a la interpretación del art. 19 del nuevo Código Civil:

a) El diferente contexto de la Argentina y Costa Rica: la CIDH condena a Costa Rica porque consideró que la prohibición de la fecundación in vitro con fundamento en la protección absoluta del derecho a la vida vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro [26.862], más allá de las importantes críticas que tal ley nos merece. Y en "Artavia", lo que se discutía eran casos de matrimonios infértiles que recurrían a la fecundación in vitro.

b) La CIDH deliberadamente dejó fuera del caso "Artavia" los problemas más complejos de la FIV y otros temas: En el capítulo VII del fallo "Artavia" la CIDH expresamente deja en claro que algunos argumentos presentados por Costa Rica no fueron considerados por la Corte de manera directa. De esta manera, cabe concluir que la discusión de estos puntos puede dar lugar a una nueva evaluación de la situación de la fecundación in vitro. Los temas mencionados en el punto 134 de la sentencia son: "i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica". ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" que sea legítimo seleccionar genéticamente embriones? ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" una regulación de la voluntad procreacional y de la revocabilidad del consentimiento preimplantacional? ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" la legitimidad de destruir embriones para hacer investigación? ¿O de patentar una invención con las células de los embriones destruidos? ¿O de comercializar embriones? ¿O de congelar embriones? Todas estas preguntas deben recibir una respuesta negativa y por tanto no puede utilizarse "Artavia Murillo" para extrapolarla a otras situaciones que no estuvieron en debate en ese caso.

c) Argumento del art. 68.1 de la Convención Americana: dado que Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la CIDH, no puede considerarse vinculante tal decisión, dado que de acuerdo al art. 68.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Asimismo, si bien nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (3) ha reiterado en diversas oportunidades que para la Argentina la jurisprudencia de la CIDH constituye una "insoslayable" o "imprescindible" pauta de interpretación, es solo ello: una "pauta de interpretación" de la cual los jueces se pueden apartar (como ya lo vienen haciendo) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión.

d) La sentencia "Artavia" contradice el principio "pro homine": en línea con lo anterior, sostenemos que la sentencia de la CIDH en "Artavia Murillo" resultó contraria al principio "pro homine" que se considera establecido en el art. 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: "Art. 29.— Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". La interpretación que hizo la CIDH en la sentencia respecto a la condición jurídica del embrión no implantado resultó en una limitación de sus derechos, pues si hasta entonces el común entendimiento del art. 4º de la Convención cubría la protección de todo ser humano desde el momento de la concepción (fecundación), hoy la CIDH ha señalado que tal resguardo ha de comenzar en un momento posterior, en la implantación. ¿No suprime la interpretación de la CIDH el goce del derecho a la vida en el período preimplantatorio? Si la concepción-fecundación y la concepción-implantación fuesen incluso interpretaciones viables al interior del artículo 4 de la Convención, cosa que no creemos, ¿no debería preferirse aquella más protectora en vistas del principio pro homine?, esto es la interpretación concepción fecundación. (4)

e) El término "concepción" y su interpretación: otros argumentos que fundan la inaplicabilidad del fallo de "Artavia Murillo" se refieren a una correcta interpretación del término "concepción". (5) Sin entrar a fondo en el tema, pues ello excedería el acotado marco de este comentario, podemos recordar que la CIDH concluyó que el término "concepción" equivalía a "implantación". Sin embargo, existen muy fuertes fundamentos para sostener que ello no es así, especialmente en el derecho argentino, y que la concepción es un término que siempre fue interpretado y corresponde que sea interpretado como el primer momento de existencia de un ser humano: la fecundación. Los argumentos de la Cámara Federal de Salta en la sentencia de julio de 2013 son muy claros al respecto. Además, existió un evidente conflicto de intereses entre la Corte y el perito que otorgó los elementos sobre los que se basó la sentencia, pues este perito realiza en su país fecundación in vitro, y por tanto tenía intereses claros en obtener una sentencia a la medida de sus negocios. (6)

f) Las reglas de interpretación del nuevo Código Civil: es significativo que, durante el debate parlamentario, el art. 1º del inicial Anteproyecto de Código Civil recibiera una modificación sustancial en lo referido a las fuentes. En efecto, el Anteproyecto elevado por el Poder Ejecutivo sostenía en el art. 1º: "Art. 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". Durante el debate en la Comisión Bicameral, este texto fue objeto de una modificación que eliminó la frase referida a "la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso". En su lugar, se señala como pauta de interpretación "la voluntad del legislador". Así, el nuevo texto dice: "Art. 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". Consecuentemente, y más allá de la discusión hermenéutica de fondo que merece el artículo, la jurisprudencia de la CIDH no puede ser invocada como fuente principal de interpretación del art. 19 del nuevo texto.

Estos son algunos argumentos que nos llevan a sostener que la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH no resulta aplicable en la interpretación del art. 19 del Cód. Civil y que, por tanto, el término "concepción" debe entenderse como "fecundación".

## 6. Conclusiones

En este comentario inicial al art. 19 del nuevo Código Civil hemos querido resumir, por una parte, el acuerdo existente en reconocer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. En segundo lugar, hemos procurado mostrar cómo la discusión en torno al embrión humano no implantado excede al tema de la fecundación in vitro. Luego, presentamos las razones para sostener que el embrión no implantado es persona bajo el nuevo art. 19 y procuramos responder los argumentos en contrario. Finalmente, presentamos las razones por las cuales entendemos no aplicable la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH en la interpretación de dicho artículo.

(1) Disponibles en <http://stemcells.nih.gov/policy/pages/2009guidelines.aspx> (último acceso: 28/08/2014).

(2) Recordemos que la historia registra casos en que los Estados negaron a ciertos grupos de personas su carácter de tales en función de su color de piel o de la religión que profesaban. Por ejemplo, en la Canada Indian Act de 1880 se sostenía que 'persona significa un individuo distinto a un indio'. En la Canada Franchise Act 1885 se definía una persona como 'una persona masculina incluyendo a un indio y excluyendo a una persona de raza de Mongolia o China'. En 1912, la Corte de Apelaciones de Columbia Británica sostuvo que las mujeres no eran personas y por tanto no eran elegibles para entrar en la profesión legal. En 1928 la Corte Suprema de Canadá excluyó a las mujeres de la definición de persona y sostuvo que las mujeres no eran elegibles para una designación en Senado de Canadá". Todas estas restricciones en el uso del término "persona" resultan incompatibles con los citados preceptos de derechos humanos.

(3) Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad" (14/06/2005), párr. 17; Caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad" (13/07/2007), párr. 20; Caso "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo" (31/08/2010), párr. 8.

(4) Ver María Bibiana NIETO y María Victoria GARCÍA DELFINO, "La aplicación del principio pro homine en la determinación del comienzo de la persona humana", Ponencia en la Comisión nro. 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2013.

(5) DE JESÚS, Ligia M., OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés, Piero A. TOZZI, "El caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", *Prudentia Iuris*, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164.

(6) PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso 'Artavia'", *EDCrim*, 22/05/2013, nro. 13.243. Un análisis científico del caso puede verse en KOCH, Elard, "Corte Interamericana y el inicio de la vida: un acto de acrobacia inconsistente", publicado en <http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/> (último acceso: 12/11/2013).



## Información Relacionada

Voces:

PERSONA HUMANA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ CONCEPCION EN EL SENO MATERNO ~ DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO