

El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial.¹

Eleonora Lamm²

1. Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar el alcance de una de las normas más debatidas y cuestionadas del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCYC): el artículo 19 relativo al comienzo de la persona humana, y la consecuente naturaleza del embrión in vitro.

Todo este debate y cuestionamiento se debe a que existen diferentes posturas respecto a cuando comienza la persona humana, desde quienes consideran que la persona comienza con la fecundación - incluso posiciones más extremas consideran que las células madre embrionarias, por su capacidad de diferenciación, también son personas - hasta aquellos que la ubican en el nacimiento con vida. Lo cierto es que a medida que avancen las tecnologías médicas, los usos potenciales de los embriones humanos se amplíen y las formas en las que podemos testear y adaptar un embrión se hagan más numerosas, las discusiones, sin duda, seguirán en aumento.³

No obstante, hay que resaltar que estas discusiones, en general, emanan de quienes abordan las cuestiones desde un punto de vista *metafísico-teológico*, en el que lo que se discute es una cuestión de absolutos.

En este trabajo se procurará brindar una visión fundada en argumentos jurídicos y bioéticos, acordes y propios de una sociedad plural, democrática y liberal.

La naturaleza o status que se le otorga al embrión in vitro tiene consecuencias inmediatas en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA) que ofrece o puede ofrecer cada sociedad y el alcance de la investigación. Ante la falta de acuerdo científico y ontológico, el análisis debe centrarse en el derecho positivo.⁴

2. Una aclaración previa: vida y persona

Como adelantara, en este trabajo analizaré el comienzo de la existencia de la persona en el Nuevo régimen civil, no el comienzo de la vida.

Como sostiene el CECTE, el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida son conceptos sustancialmente diferentes.

¹ Este trabajo tiene como base los siguientes de mi autoría: El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, en Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, (Marisa Herrera y Marisa Graham, coords.) 1° edición, pp. 413 y ss., y “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos.” En La Ley, Suplemento especial sobre el nuevo Código Civil y Comercial. En prensa.

² Doctora en Derecho, con línea de investigación en Bioética (Universidad de Barcelona). Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona. Investigadora del CONICET. Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. elelamm@gmail.com

³ FARSIDES, B. y SCOTT, R. “No small matter for some: practitioners’ views on the moral status and treatment of human embryos.” *Medical Law Review*, 20, Winter 2012, pp. 90–107, pp. 90

⁴ FARNÓS AMORÓS, E. Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 135 y ss.

En primer lugar cabe decir que la cuestión sobre el inicio de la vida humana es uno de los interrogantes más complejos sobre los que aún no existe consenso en ningún campo y disciplina. Al respecto, la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” que se verá luego, sostuvo que “se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”, y coincidió con tribunales internacionales y nacionales,⁵ “en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”.⁶ Consecuentemente tampoco yo pretenderé vislumbrarlo.

Pero además, el concepto de “vida” puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable.⁷ Concretamente, imaginemos un caso de muerte encefálica. Obviamente en ese cuerpo hay muchas células vivas, incluso el corazón puede seguir latiendo (precisamente a los efectos de un trasplante, fin último del establecimiento médico del criterio de muerte encefálica), no obstante jurídicamente la persona está muerta.

Hecha la distinción, la función de un código civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o

⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta”). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 (“No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que ‘la vida’ realmente empiece”). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche Vs. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J. (“En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad de momento preciso cuando comienza la vida humana”); Voto del juez Denham J, párr. 46 (“Esto no es el arena adecuada para tratar de definir ‘la vida’, ‘el comienzo de la vida’, ‘el momento que el alma entra en el feto’, ‘vida en potencia’, ‘la singular vida humana’, cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución”). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (“Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no solo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”). TEDH, Caso Vo. Vs. Francia, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

⁶ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Aportes del CELS a los debates legislativos sobre derechos sexuales y reproductivos. 2015. Disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20\(1\).pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20(1).pdf)

⁷ CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado (2014).

efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc). ¿Acaso un embrión in vitro podría heredar? ¿O se podría reclamar alimentos en su favor?

3. El artículo 19 del nuevo CCYC

Como se dijo, el comienzo de la existencia de la persona humana fue “el” tema más candente que generó el nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26994 del 8 de octubre de 2014. Tan es así, que la redacción del artículo 19 varió en casi todas las etapas por las que atravesó el proyecto.

Finalizada la primera etapa de redacción por parte de la comisión creada por decreto 191/2011 e integrada por el Dr. Lorenzetti, y las doctoras Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que concluyó con la entrega del proyecto a la presidenta en marzo de 2012, el artículo 19 establecía: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.”* La primera frase respondía a la tradición jurídica argentina. La segunda frase se presentaba como una de las tantas novedades de la reforma para responder a la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. La fórmula propuesta era consonante y coherente con la regulación de la filiación derivada de las TRA también contemplada en el proyecto. Esta primera etapa fue seguida de una segunda etapa de análisis por el poder ejecutivo, durante la que se introdujeron algunos cambios - aunque, esta vez, ninguno en el art. 19 - para finalmente enviarse al poder legislativo para su tratamiento. Con este tratamiento y análisis por el poder legislativo, para lo que se formó una comisión bicameral, comenzó la tercera etapa, en la que se desarrollaron numerosas audiencias públicas en distintas provincias del país. Esta comisión bicameral presentó un dictamen el 13 de noviembre proponiendo para el art. 19 la siguiente fórmula: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer.”* Agregándose como disposición transitoria segunda que *“La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”* (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación) Como fácilmente se puede observar, se eliminó la desafortunada frase *“en el seno materno”*, mejorando la fórmula. Además se eliminó el último apartado del artículo, transformándolo en una disposición transitoria.

Cabe destacar que entre las diferentes instancias, se sancionó la ley de identidad de género que significó el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos, de modo que esta ley, la más liberal del globo y ejemplo a nivel mundial,⁸ se funda en dos decisiones de política legislativa centrales: 1) se permite el cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar ningún requisito, expresamente se manifiesta la no necesidad previa de reasignación corporal o física

⁸ Reciente el Parlamento Europeo pidió a la Comisión Europea y a la OMS que retiren los trastornos de identidad de género de la lista de enfermedades mentales y del comportamiento; pide a la Comisión que redoble sus esfuerzos para acabar con la medicalización de las identidades trans; anima a los Estados a garantizar procedimientos de reconocimiento de género rápidos, accesibles y transparentes que respeten el derecho a la autodeterminación. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 -3 2015, sobre el Informe anual sobre los DDHH y la democracia en el mundo (2013) y la política de la UE al respecto.

alguna y 2) la autoridad pública que interviene es administrativa (registro civil) y no judicial. Se trata de dos consideraciones claves para poner fin a la patologización y estigmatización sobre un grupo social de alto grado de vulnerabilidad. La petición de cambio de identidad de género se sustenta en la mera voluntad de la persona, es decir, en la noción de “identidad autopercibida”. En este contexto, se advierte que podría haber algún supuesto fáctico- jurídico por el cual una persona que al nacer fue identificada con el sexo femenino solicite la rectificación de su identidad de género al masculino y como no se sometió a intervención quirúrgica alguna, pueda quedar embarazada. En este supuesto, no correspondía entonces hablar de “seno “materno””.

Finalmente, tras su aprobación por el senado el art. 19 dice: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*” Y en la disposición transitoria segunda se establece que “*La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial*” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). Éste fue el texto que luego se aprobó también en diputados constituyendo el definitivo.

No obstante la opinión de quienes pretenden hacer de esta fórmula una más conservadora que pudiera traducirse en considerar al embrión persona,⁹ lo cierto que jurídicamente no lo es, conforme se verá en los siguientes apartados y concretamente al explicar el significado de la palabra concepción.

4. El comienzo de la persona humana. La “concepción”.

La historia nos muestra que las cualidades o propiedades que definen a una persona o a un ser humano no son inherentes o absolutas, sino que son un producto de la motivación humana, y se relacionan con el logro de propósitos humanos o sociales. Por ejemplo, antes de 1869, la Iglesia Católica definía que la vida de una persona comenzaba con lo que en inglés se denomina “quickenning” (en español: animación, cuando se sienten los movimientos del feto), pero a la luz de un mejor conocimiento de la biología reproductiva, ese año modificó ese criterio y consideró que la vida comienza con la concepción. Concepción fue una analogía del embarazo, que se entiende médicamente como la implantación embrionaria en la pared uterina.¹⁰ No obstante, con el desarrollo más reciente de las técnicas de reproducción humana asistida esto es aplicado por algunos defensores religiosos para referirse a la fecundación.¹¹

Desde el punto de vista cotidiano o del sentido común, la frase “concebir un niño” es de uso corriente. Se la utiliza y entiende comúnmente para referirse a un embarazo actual. Esto es compatible con las ediciones actuales tanto del diccionario Oxford de Inglés como del Diccionario Macquarie y el diccionario de la Real

⁹ BASSET, U. C., “Consideraciones generales del proyecto unificador .” Ponencia presentada en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; HERRERA, D. A., LAFFERRIERE, J. N. “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida.” Sup. Const. 2013 (abril), 16. LA LEY 2013-B

¹⁰INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS (FIGO) Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health. Recommendations: definition of pregnancy. London: FIGO; 2003. pp. 43.

¹¹ DICKENS, B. M., COOK, R. J. “Acquiring human embryos for stem-cell research.” International Journal of Gynecology and Obstetrics (2007) 96, pp. 67–71

Academia Española. Todos definen “concebir” como, entre otras cosas, “quedar embarazada”.

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Sucede que aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocistos) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer. El resto se pierde rápidamente, ya sea antes de implantarse en el útero como a los pocos días de la implantación.¹²

De lo dicho, se desprende que en ambos supuestos, por naturaleza y por TRA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo; y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

Ahora bien, concretamente, el significado jurídico de la palabra concepción fue establecido y especificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* resuelto el 28 de noviembre de 2012.¹³

Cabe destacar, que no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Además Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional.¹⁴ La jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para cada juez de la República Argentina; el órgano jurisdiccional local, aun oficiosamente, debe realizar el test de convencionalidad y, en

¹²ZEGERS- HOCHSCHILD, F., “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica”, en Casado, M. y Luna, F. (coords.), *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*, Civitas-Thomson, 2012, p. 184 y ss.

¹³ Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E., “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, *Revista La Ley*, 28/12/2012, p. 1 y ss.; *La Ley* 2013-A, 907

¹⁴Es dable recordar que la Corte Federal en el caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248) enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” lo cual importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20º). Esta pauta de interpretación no lo es sólo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del estado como lo es el Legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”.

esa labor, debe atender a la interpretación que la Corte IDH hace de la Convención. En efecto, en el caso *"Almonacid Arellano v. Chile"*, ese tribunal afirmó, enfáticamente, que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no solo la convención Americana de Derechos humanos sino también la interpretación que de ella hace ese tribunal por ser su intérprete final. Dicho criterio fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en jurisprudencia consolidada que invoca, además, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (Fallos 330:3248). La Corte Federal ha reiterado esta doctrina, entre otras sentencias, en *"Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino"*¹⁵, al reafirmar el control de oficio de constitucionalidad de las normas con base en el deber del control de convencionalidad.

En el caso Artavia Murillo la Corte IDH el conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida el que se encuentra *"protegido, en general, a partir del momento de la concepción"* y el art. 1.2 que dispone que *"persona es todo ser humano"*. Es decir, si es el embrión no implantado es una persona humana.

La Corte constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

La Corte considera que las prácticas de FIV en los Estados se relacionan con la manera en la que éstos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

La Corte concluye que el objeto y fin de la expresión "en general" contenida en el artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, en especial los derechos de la mujer.

Así, en un extenso fallo, la Corte IDH concluye que por concepción debe entenderse implantación y consecuentemente el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de "persona" al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con este punto de partida, afirma que las técnicas

¹⁵ CSJN Fallos 335:2333.

de fertilización in vitro son válidas y deben permitirse y regularse atento a que permiten el cumplimiento o protección de varios derechos: la vida íntima y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

5. La “sistema” del derecho argentino.

Sin perjuicio de lo resuelto en el caso Artavia, que zanja la cuestión, existen otros argumentos de peso jurídico que confirman la no personalidad del embrión in vitro.

El art. 19 es parte de un Código por lo que corresponde efectuar una interpretación sistémica. Es que el art. 20, el siguiente, dice que por concepción se entiende el lapso entre el mínimo y máximo del embarazo, y esto sucede cuando el embrión está dentro de una persona y se implanta, sólo allí puede haber embarazo. A su vez, el art. 21 dice que todos los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la persona quedan irrevocablemente adquiridos cuando la persona nace con vida, aludiéndose expresamente a la implantación. A esto se suma el art. 561 que sostiene que “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”, de lo que se desprende sin dudas que el embrión no es persona, porque de serlo, la revocación del consentimiento se permitiría hasta la fecundación, y no hasta el implante.¹⁶ Sin perjuicio de lo dicho, y lo que es más elocuente aún, es que la disposición transitoria segunda dice que la protección del embrión no implantado se reserva para una ley especial, por lo tanto, se deriva que el embrión no implantado no es persona, de lo contrario, estaría regulado en el propio texto del Código Civil y no en una ley distinta y separada de éste. Por último, el nuevo Código regula la filiación derivada de las TRA, con lo que difícilmente para el CCYC el embrión puede considerarse persona.

Esto se condice con lo dispuesto por la ley 26862, vigente en nuestro país, que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Precisamente, si esta ley considerara persona al embrión no permitiría ninguno de estos supuestos.

Todo esto genera un sistema cuya conclusión no puede ser otra que la no personalidad del embrión in vitro. Y este arco interpretativo lógico, coherente y sistémico se cierra con el resonado fallo “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Siguiendo con este razonamiento, cabe destacar el reciente pronunciamiento de la Defensoría General de la Nación que se expide en un caso¹⁷ en el que se solicita la cobertura médica del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) por parte de una prepaga; ante la negativa, la parte interesada acude a la justicia. En ese proceso, se pone en crisis la actuación del Asesor de Menores en los términos del art. 59 del Código Civil aún vigente (art. 103 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación),

¹⁶Para ampliar este tema véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E., “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”, *Revista La Ley*, 28/09/2011, p. 3 y ss. Comentario del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias

¹⁷Dictámen del 15/07/2014 en los autos: "García Yanina Soledad C/ OSDE s/ prestaciones médicas (expte. FSM 433812013), inédito.

pretendiéndose que al “encontrarse en juego derechos de personas por nacer, se dé intervención al Sr. Asesor de Menores” en representación de los embriones in vitro.

En este marco, el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de San Martín, el 07/07/2014 envió un oficio dirigido a la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación, con el objeto de conocer la opinión de la máxima instancia en el ámbito de intervención de los Asesores de Menores, es decir, del rol que deben o no jugar los Asesores de Menores en los conflictos que involucran embriones in vitro.

En el oficio, respondido el 15/07/2014, se concluye que el defensor oficial no puede seguir interviniendo en la acción de amparo que tramita por las siguientes razones: 1) Lo decidido en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* dictado por la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos, que se verá luego; 2) La situación –posible generación de embriones que deban ser criopreservados in vitro – “no quedaría abarcada por los términos del art. 59 del Código Civil y del art. 54, inc. a) de la ley 24.946, por no encontrarse comprometidos los intereses de personas menores o incapaces, conforme lo previsto por las normas aludida”; 3) “Aún en el caso de sostenerse que el sólo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona -en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta- no es posible aseverar sin más que debe otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente”; 4) La conclusión a la que se arriba “no se propone la absoluta desprotección de los embriones no utilizados ante la realización de un tratamiento de fertilización in Vitro”, siendo “imperioso contar cuanto antes con una normativa específica que regule las distintas actividades que se suscitan respecto de aquellos”.¹⁸

6. El embrión in vitro: Ni persona ni cosa. La protección.

Ya se dijo que el embrión *in vitro* no es persona, mas tampoco es cosa.

El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un “estatus moral intermedio”.¹⁹ Consecuentemente, al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana.

De conformidad con los fundamentos del anteproyecto, negar carácter de persona a los embriones no implantados no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, tal como sucede en numerosas leyes del derecho comparado que, incluso por mandato legislativo, deben ser revisadas periódicamente.

Labrousse Riou señala que el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla, no por lo que representa ontológicamente sino por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. Ahora bien, a ese fin, hay que representar la

¹⁸ Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm y Marisa Herrera, Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como "Defensor de los Embriones" La Ley del 14-10-2014, p. 1

¹⁹ RAPOSO, V. L. y OSUNA, E., “Embryo dignity the status and juridical protection of the in vitro embryo”, en *Med Law* 2007, n° 26, pp. 737/746.

realidad, concebirla, darle una forma jurídica, preguntándose qué sentido tiene y qué consecuencias concretas están unidas a esa representación.²⁰

Para empezar a vislumbrar qué es lícito o ilícito hacer con esta realidad, se debería comenzar por restringir su uso para fines humanos importantes. Ese respeto especial justifica la existencia de normas que limiten el uso y la destrucción de embriones en investigaciones que importen una promesa razonable de curar o aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano, así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos. Por lo tanto, si se tomó —como en el art. 19 - la decisión de política pública que importa reconocer que los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y, por ende, exigen un respeto especial, se debe aprobar una regulación apropiada.

En esta regulación, esta protección debería concretarse, entre otras cosas, no sólo en la prohibición de crear embriones humanos gaméticos²¹ con otro fin que no sea el de la reproducción humana o el de investigación, o la prohibición de crear embriones somáticos con fines reproductivos - distinto es el caso de los embriones somáticos creados por transferencia nuclear mediante clonación terapéutica que a mi juicio sí deberían permitirse²² sino también en la regulación taxativa de los destinos de los embriones sobrantes crioconservados que – al día de hoy, según el estado actual de la ciencia - no pueden ser otros que su utilización por los titulares, la donación con fines reproductivos,²³ la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación sin otra utilización.²⁴ Quedando descartada siempre la comercialización de embriones.

Entonces, incluso si los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y exigen protección especial, esto no tiene por qué ser incompatible con el uso y la destrucción de ellos en investigaciones médicas que importen una promesa razonable de tratar o prevenir enfermedades humanas graves o sufrimiento.

La investigación con células madre de embriones humanos puede contribuir a la próxima generación de asistencia sanitaria al ofrecer tratamientos o remedios posibles para enfermedades intratables o potencialmente mortales, tales como la enfermedad de Parkinson, la diabetes, la apoplejía, las cardiopatías y la ceguera. Las células madre de embriones son únicas porque pueden dar origen a cualquiera de las células del organismo y los científicos utilizan esta característica para formar nuevas

²⁰ LABROUSSE RIOU, C., *Écrits de bioéthique*, París, PUF, 2007, p. 161.

²¹ Para la distinción entre embriones gaméticos y somáticos, véase CASADO, M. “En torno a células madre, pre-embryones y pseudo-embryones: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB.” *Revista de bioética y derecho*. Número 19 - Mayo 2010.

²² En España, la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica* en el punto primero de su art 33 prohíbe “constituir preembryones o embryones para la investigación”, no obstante, en el segundo punto de ese mismo artículo, abre la posibilidad de “activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, para referirse a lo que se designa como embriones somáticos.

²³ En una postura actualmente minoritaria algunos autores nacionales y extranjeros (véase, ANDERSON, M. L. “Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation” 35 *Capital University Law Review*, 589, 2006, pp. 607 y ss.; MERCER, B. S. “Embryo adoption: where are the laws?” 26, *Journal of Juvenile Law* 73, 2006, pp. 82-83) propician la adopción de embriones. Esta posición deriva, obviamente, de considerar al embrión persona. Cabe destacar que la adopción es una figura ajena a la situación, no sólo en lo que respecta a la relación jurídica sustancial, sino también en cuanto al procedimiento judicial de la adopción, absolutamente inaplicable a los embriones

²⁴ En una resolución interlocutoria del 16/09/2013, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 82 dispuso que un centro médico (Hospital Italiano) procediera a la destrucción de los embriones de un matrimonio que en pleno proceso de divorcio solicitan conjuntamente tal proceder.

células que pueden trasplantarse a pacientes para sustituir tejidos enfermos o lesionados. Por otra parte, los estudios con células madre de embriones permiten a los biólogos comprender cómo se desarrollan y mantienen nuestros tejidos, y las células madre también se utilizan para el ensayo de nuevos medicamentos, a fin de reducir su riesgo de toxicidad y hacer avanzar la investigación farmacéutica. Por su parte, las células madre de adultos o histoespecíficas se encuentran en ciertos tejidos del organismo y son válidas para determinados tratamientos, pero no en todos los casos. Las células madre pluripotentes inducidas (IPSC, de su nombre en inglés) son células especializadas de adultos que se han reprogramado genéticamente y que si bien tienen muchas propiedades similares a las de las células madre de embriones y la investigación al respecto sigue avanzando; aún no es posible producir estas células de forma útil en clínica ni tratarlas como células naturales. El descubrimiento de las IPSC y los avances que se están consiguiendo con ellas se basan en la investigación con células madre de embriones humanos, y estas siguen siendo importantes para progresar en la investigación con IPSC, al ser complementario el conocimiento derivado de ambos tipos de células.

Esta protección del embrión, aunque diferida para una ley especial, se desprende del propio CCYC, en concreto de sus art. 17 y 57, que impiden su comercialización y manipulación.

Esto mismo preve el proyecto integral de TRA que actualmente cuenta con media sanción de la cámara de diputados (581 y 4058-D-14 OD 1003). Por un lado descarta la personalidad del embrión in vitro al prever en el artículo 12 que “En caso de crioconservación de gametos o embriones (...), transcurridos diez (10) años desde la obtención del material genético, **cesará la crioconservación** o serán destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación.”²⁵ Por otro lado, en cuanto a la protección, establece en su artículo 14 que “A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe: a) La comercialización de embriones; b) La comercialización de gametos crioconservados; c) Toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia; d) La utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.”

7. La aplicabilidad del artículo 17 del CCYCaI embrión in vitro

El embrión, aunque ni persona ni cosa, es una parte separada del cuerpo, que como los gametos, las células, los genes, los órganos, etc. está fuera del comercio conforme el art. 17 del CCYC.

El artículo 17 adopta la postura que extiende el reconocimiento de la dignidad atribuida al cuerpo como soporte de la persona a las partes del mismo, asegurando un trato diferenciado respecto de estas. Este trato diferenciado se asienta primordialmente en la prevalencia del principio de no comercialidad. Tomar una parte separada del cuerpo vivo como una cosa importa autorizar a que entre en el tráfico mercantil desvirtuando la consideración y el respeto por la dignidad humana, respeto que necesariamente debe transmitirse a las partes separadas del cuerpo.²⁶

²⁵ El resaltado me pertenece. Cabe destacar que la terminología original del proyecto hablaba de “descarte” de embriones. Término que fue sustituido por “cese de crioconservación” aunque con el mismo alcance.

²⁶ Lorenzetti, Ricardo L. Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación LA LEY 06/10/2014, 06/10/2014, 1; AR/DOC/3561/2014

Como sostiene Bergel: Si el criterio es el mercado, palabras como igualdad y dignidad quedan desvirtuadas, pierden peso y con ellas se disuelve la autonomía de la persona falsamente confiada en la libertad de entrada o salida del mercado.²⁷

Entonces, el embrión como parte separada del cuerpo está fuera del comercio.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV²⁸.

8. La aplicabilidad del artículo 57 del CCYC. La prohibición de alteraciones genéticas

Desde el punto de vista ético, la manipulación de embriones humanos plantea la duda sobre la legitimidad de su uso para combatir el desarrollo de desórdenes genéticos en futuras generaciones. El uso científico o las técnicas aplicadas en los embriones suponen tanto dilemas éticos como legales en relación a la dignidad y el derecho. Por lo tanto, es de interés público establecer los límites en referencia al embrión in vitro para tomar actitudes responsables en su manipulación.²⁹

En este sentido, el artículo 57, mediante una regla general, prohíbe las prácticas que tengan por fin o consecuencia producir una alteración genética del embrión cuando esa alteración, precisamente por afectar al embrión, se transmita a la descendencia.

Aunque en materia terminológica se utiliza una fórmula amplia a los efectos de no quedar obsoleta atento al rápido avance de la ciencia, lo cierto es que la prohibición estipulada en el artículo 57 contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia.³⁰

La prohibición se funda en que actuar a nivel celular modificando los genes de los individuos significa actuar sobre el patrón genético de la humanidad, es decir, hacer intervenciones técnicas que son poco seguras en un ámbito de riesgo que nos hace ignorar totalmente las consecuencias derivadas de este tipo de intervención. También comprende cuestiones como la integridad personal, la identidad de las personas y del género humano en general.³¹

²⁷ <http://www.catedraderechogenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf>

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV.

²⁹ TUÑÓN, DOLORES; BOADA, MONTSE; VEIGA, ANNA. Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero : aspectos éticos y legales. Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2014, n. 63, pp. 101-125

³⁰ CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado (2014).

³¹ Con esto en cuenta, se puede remitir a la Recomendación 934 de 26 de enero de 1982, del Consejo de Europa, que solicitó incluir en el listado de los derechos humanos la intangibilidad de la herencia genética de la humanidad, para protegerla de cualquier intervención artificial de la ciencia o la técnica. O los arts. 27 y 28 de la Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética del Parlamento Europeo, que pidió prohibir los intentos de reprogramar genéticamente a los seres humanos y la penalización de cualquier transferencia de genes a células germinales humanas. Por su parte, el art. 13 del Convenio de Derechos Humanos y Bioética "prohíbe cualquier intervención genética que no sea preventiva, diagnóstica o terapéutica y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia". La Declaración UNESCO sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997) también expresa la necesidad de

Ahora bien, lo que la norma prohíbe es alterar o producir una alteración genética, no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el DGP. En otros términos, el artículo 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como el DGP, en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto.

9. Breves palabras de cierre

“Cuando no se dice , se oculta o se deforma lo que se piensa , utilizamos el concepto de hipocresía. Cuando se dice con intención de engañar , usamos el concepto de mentira. Cuando en la organización se dice de diferentes maneras contradictorias lo que se piensa, entonces recurrimos al concepto de doble discurso o doble mensaje. Cuando hay diferencias entre lo dicho y lo que se piensa, hablamos de ideologías o promesas incumplidas...”³²

He tratado de hablar con coherencia. De darle a las palabras su verdadero significado. No desconozco que seguirán estando quienes quieren continuar debatiendo, solo espero entonces que se trate de un debate serio, con argumentos y fundamentos científicos, para que no sea ni una hipocresía, ni una mentira, ni un doble discurso, ni mucho menos se trate de ideologías.

proteger el genoma humano en virtud de la dignidad humana, de los derechos humanos y de la necesidad de preservar la diversidad biológica.

Esta prevención que inspiran los instrumentos mencionados no sólo se debe a dificultades técnicas transitorias sino a riesgos biológicos propios de los procesos de mutación. Las alteraciones provocadas por la interacción entre genes (efectos epistáticos), por modificaciones de la cromatina, es decir del conjunto de la información genética que se encuentra en el núcleo celular (efectos epigenéticos), o por cambios relacionados con el sitio en el que se insertó el gen foráneo en el genoma blanco, son en todos los casos eventos producidos al azar. Asimismo, las mutaciones pueden resultar beneficiosas en la primera generación que las porta pero perjudiciales para las siguientes tal como se ha comprobado en todas las especies estudiadas.

³² Norberto Chavez, Prólogo al libro *La Doble Moral de las Organizaciones*, de Jorge Etkin, Ediciones Mc Graw Hill, Madrid, 1993, pp. XIII a XVIII.