

Buenos Aires, 23 de noviembre de 2012
**Comisión Bicameral para la Reforma,
Actualización y Unificación de los
Códigos Civil y Comercial de la Nación**

EL DERECHO A VIVIR EN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

I. Consideraciones previas

a. El Derecho Civil

Podemos definir al Derecho Civil como aquel conjunto de normas que regula las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, ya que es la rama del Derecho facultada para regular a la persona en cuanto tal, como sujeto de derecho.

Comprende el derecho de la persona, regulando de este modo el inicio y fin de la existencia de la persona, su capacidad jurídica, la administración de los bienes de los incapaces, los derechos de la personalidad, los atributos de la personalidad, es decir, todos aquellos elementos que determinan las condiciones de cada individuo en su relación jurídica con los demás, tales como el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, como así también, los derechos personalísimos. Por otro lado, encontramos el Derecho de cosas o bienes, la responsabilidad civil, el Derecho de familia, y por último, el Derecho de sucesiones, que regula las consecuencias jurídicas determinadas por la defunción de una persona. Es por esto que dimensionamos la gran importancia que tienen las normas establecidas en el Código Civil en la vida y cultura de la Nación. Por lo que cualquier reforma que se le pretenda hacer no sólo precisa de un riguroso análisis, sino también, de un profundo y exhaustivo debate a nivel federal.

b. Críticas a la reforma

Desde una mirada republicana, resultan preocupantes diversos acontecimientos de tipo formal en el comienzo de la reforma del Código Civil, de los cuales nos podríamos referir en principio a que, de los tres juriconsultos que conformaron la comisión del Anteproyecto patrocinado por el Poder Ejecutivo, el presidente y su vicepresidente integran actualmente y en su momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que genera una vacilación respecto de sus decisiones cuando deban resolver la constitucionalidad de normas del Código Civil por ellos elaboradas.

¿Cómo es posible que el encargado de revisar las normas sea el mismo que las redactó?
¿No es acaso el principio de la división de los poderes lo que otorga seguridad jurídica a nuestro sistema republicano democrático? ¿No resulta clarísimo que a un juez, máxime tratándose de los integrantes del máximo tribunal de justicia, por la misma naturaleza de su cargo, le esté vedada la posibilidad de legislar siendo esta una facultad exclusiva y privativa del Poder Legislativo? Por otro lado, el Poder Ejecutivo, al enviar el Anteproyecto al Congreso Nacional, dio instrucciones que no guardan la forma debida respecto al poder legislativo nacional, y pudieran incurrir en excesos o intromisiones de un poder respecto de otro.

Adherimos a las cuantiosas voces, entre las cuales se encuentran un gran número de académicos y catedráticos de universidades nacionales y privadas del más alto nivel, quienes requieren un debate exhaustivo, cabal y amplio, dada la envergadura de las normas a modificarse.

c. Sostentimiento de la regulación de los bienes jurídicos elementales

Manifestamos que es de gran importancia que el nuevo Código Civil sostenga el espíritu de la regulación actual acerca del bien jurídico más importante de todos los regulados en esas normas, es decir, la persona humana, el comienzo de su existencia y el respeto por la dignidad de la misma. En este sentido, resulta dable recordar, que desde el punto de vista científico, resulta indiscutible que el ser humano inicia su existencia en el momento de la concepción, por lo cual no parece adecuada la solución propuesta por los redactores del proyecto, que sostienen que la existencia de la persona humana puede comenzar en otros estadios. Si aducimos el error científico de no poder fijar con precisión el comienzo de la vida humana, de la misma manera, no se podría definir en qué momento concluye la existencia de un ser humano, aunque para cualquiera es algo indiscutible por su evidencia. En tal sentido, un médico, por ejemplo, podría constatar los signos vitales de una persona y verificar objetivamente que ésta ha dejado de vivir. Lo curioso es que actualmente se pone en tela de juicio algo equivalentemente objetivo como es el comienzo de la vida humana. Asimismo, un médico o un biólogo serán capaces de manifestar cuándo es el instante preciso en el cual un ser humano comienza a existir: ni un momento antes, ni uno después. Este instante es denominado como “concepción”. Es decir, cuando los gametos femeninos y masculinos se unen, y a partir de ese momento, se genera un código genético diferente del de los padres, en ese preciso instante, hay una nueva vida humana, por ende susceptible de ser protegida por el Derecho, y, por ser la más débil de todas las etapas de la vida de una persona, su protección debe efectuarse con mayor rigurosidad.

II. El comienzo de la existencia humana en proyecto de reforma del Código Civil

El proyecto injustamente discrimina entre los embriones, según el modo en cual fueron concebidos, y niega el reconocimiento como personas humanas a los embriones no implantados. El primer párrafo del artículo 19 del proyecto reza que “la existencia de la persona comienza con la concepción en el seno materno”, siguiendo la norma del actual código sobre el momento inicial de la persona, cuya redacción es del año 1871, cuando no se conocía otra forma de fecundación que la natural. Sin embargo, excluyendo los avances científicos demostrativos de que el embrión es un nuevo individuo de la especie humana, agrega: “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”. Por tanto el proyecto establece que el embrión *in vitro* no tendrá la calidad de persona y tampoco lo será después, ya que no hay ningún motivo genético, biológico o jurídico para no incluirlo ahora en esa calificación derivando su “protección” a una “ley especial”. Por el contrario su expresa exclusión como persona del Código Civil habla de su futuro poco prometedor.

Consecuentemente, podemos decir que esta redacción discrimina de manera radical a los embriones, dejando a aquellos que no han sido implantados, a lo que en su momento regule una ley especial, quitándoles la categoría de personas humanas arbitrariamente, sin ninguna lógica, fundamento o razonamiento válido para hacerlo. Los embriones no implantados, pierden de este modo su derecho a no ser cosificados mediante las técnicas de fecundación artificial. Vale aclarar, que ninguno de los proyectos de ley sobre técnicas de procreación artificial en trámite ante el Honorable Congreso de la Nación, protege la vida y la salud de los embriones no implantados, llegando incluso a admitirse su destrucción o utilización con fines experimentales. Por tanto, cuando el proyecto de Código Civil remite a una ley especial de protección de los embriones no implantados estaría realizando una vacía declamación que no resulta acompañada por la realidad parlamentaria. Además, existen proyectos que regulan la “conservación de embriones viables humanos”, de modo que los demás embriones serían eliminados³.

En ningún lugar, ni en el proyecto ni en proyectos de ley, se prohíbe la destrucción de los embriones, ni el impedimento de la utilización de los embriones con fines comerciales o biotecnológicos, así también al no estar prohibida, queda permitida la *crioconservación* de embriones, con el consiguiente peligro para la vida de éstos, haciendo caso omiso a las normas incorporadas a la Constitución Nacional las que reconoce como personas humanas. Además, se omite establecer a favor de la autoridad de aplicación, funciones de vigilancia, control y sanciones tanto civiles y administrativas como penales, por la violación de las disposiciones establecidas en el proyecto. La solución al problema de esta redacción no es la remisión a una ley especial, sino que el propio Código Civil en este punto, reconozca a la vida humana desde el momento de la concepción, sin distinciones. A continuación se expondrán los fundamentos de este razonamiento.

III. El derecho a la vida humana

La vida humana exige tutela jurídica en todas sus fases. Es el bien jurídico que requiere la máxima protección y el máximo respeto. Nos hallamos en tiempos en los cuales se inició un proceso de reconocimiento de derechos individuales y, paralelamente a éste, coexiste el avance biotecnológico, el cual no registra límites. Esta situación instaló la crisis, entre otros, del derecho a la vida y a la integridad física contra el surgimiento de las nuevas tecnologías reproductivas. Estos avances tecnológicos no están regulados explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, entendamos que, a través de los principios generales del derecho y de normas ya existentes se pueden sanear los posibles conflictos que pueden acarrear estas nuevas tecnologías.

No obstante, existen sectores de la sociedad que buscan crear un marco de protección jurídica para tales situaciones, y al hacerlo de forma equivocada o incompleta dejan sin protección a un conjunto grande como los son los embriones constituidos a través de fecundación *in vitro* que no fueron implantados en una mujer.

Ante esa circunstancia entendemos que no resulta facultad de la ciencia jurídica imponer si a ese grupo se lo considera persona o no, sino que es potestad de la ciencia biológica determinar semejante acontecimiento, que ya lo ha hecho, con demostraciones científicas y argumentos probados e indiscutibles. En todo caso, lo que le corresponde al Derecho es otorgar la protección debida a ese grupo, sin dejar lugar a incertidumbres con respecto al destino de los mismos. El derecho a la vida debe protegerse en toda su expresión, y repetimos, mayor es el deber de protegerlo cuanto más indefenso es el sujeto. Esta prerrogativa debe brillar con toda su fuerza en el caso del embrión, ya que para el embrión humano la vida es el primero de sus bienes. El derecho a la dignidad está unido con el trato respetuoso que se les debe dar a los embriones humanos en su calidad de individuos; y la consiguiente prohibición de todo tipo de experimentación y manipulación sobre ellos. El embrión humano, como persona por nacer, está actualmente protegido por nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, goza de todos los derechos inherentes a su calidad de persona, y deben respetarse sus derechos existenciales sobre la vida, la dignidad, la identidad, la salud, la integridad física y la igualdad, su derecho a nacer y a tener una familia. Lo expuesto cabe para demás estipulaciones que posee el proyecto de reforma del código civil, materias que no podrán ser expuestas en esta presentación, para así poder cumplir con el exiguo tiempo que permite el reglamento establecido por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, es decir, diez minutos por exponente, en el periodo de un solo día.

Entonces, el interrogante que surge a partir de la redacción del actual proyecto de Código Civil es el siguiente: imaginemos una situación hipotética, pero que en realidad acontece a diario: una mujer se somete a una práctica de fertilización, utilizando los médicos varios

embriones, algunos de los cuales son implantados, mientras que otros no lo son. Entonces, si reconocemos la existencia de vida humana, fuera del seno materno, en este supuesto en el embrión no implantado, ¿Qué sucede entonces con esos embriones? Como indica el Dr. Rabinovich-Berkman, conjuntamente con las técnicas de fertilización artificiales, se desarrollaron medidas de crio –preservación de los embriones que son fecundados pero que no son implantados en el útero materno. Contrariamente al intento de regulación que se busca con el articulado arriba mencionado, respecto al comienzo de la existencia humana, **Frente Joven** sostiene que la protección jurídica debe ser igualitaria, sin distinción, sin discriminación tanto para las personas formadas dentro o fuera del seno materno, implantadas en él o no.

El reconocimiento de los derechos personalísimos y, especialmente, del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la identidad, a la dignidad entre otros, se produce desde el momento de la concepción, no especificándose si ésta se produce por el método natural o artificial. Las prácticas de fertilización asistida, constituyeron en un primer momento la solución de problemas de fertilidad, logrando de esta manera un mejoramiento de la calidad de vida. Sin embargo, el aumento en la cantidad de prácticas y de embriones no implantados, generaron cuestionamientos acerca de su naturaleza jurídica y especialmente referidos a la licitud de las mismas.

IV. Naturaleza jurídica del embrión humano

Es necesario determinar previamente cuál es la naturaleza jurídica del embrión humano en nuestro ordenamiento jurídico actual, cuando la fecundación se realiza fuera del útero materno.

Para la ley de la República Argentina se considera que se es persona desde el momento de la concepción. Ello surge del artículo 63 del actual Código Civil, “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, y el artículo 70 “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”. Vélez Sarsfield, redactor del Código Civil, receptó en este punto la solución adoptada según los datos biológicos, es decir, que el entonces redactor del Código se valió de la ciencia biológica para dar una definición adecuada. Distinto es cuando regula, por ejemplo, la mayoría de edad, donde el codificador puede demarcar un límite arbitrario, con escasos datos científicos, más que la madurez del joven que comienza a considerarse para el Derecho mayor de edad, y consecuentemente las facultades de adquirir plenamente derechos y contraer plenamente obligaciones. No obstante, el codificador, al regular un hecho de origen natural y científico, como es el comienzo de un nuevo ser humano, diferente de los padres, fruto de la fecundación, no puede desconocer esa realidad, se debe someter ante ella y regular en consecuencia.

En tal sentido, el codificador al referirse a la "concepción" buscó la protección de la persona a partir de su estadio inicial. La indicación de ambos artículos arriba referidos, respecto al lugar en dónde es que se produce la concepción, se explica por el momento histórico en el que el Código Civil fue redactado, ya que en ese tiempo no se podía llegar a pensar la posibilidad de concebir seres humanos fuera del seno materno.

Sin embargo, los artículos n° 70 y 63 del Código Civil, se deben interpretar de forma amplia como se acaba de exponer y además, en conjunto con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Además, el artículo n° 51 del actual Código Civil, determina que se considera por personas de existencia visible a todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes.

Estos preceptos resultan particularmente relevantes a los fines de determinar la personalidad jurídica del “por nacer concebido fuera del seno materno” por aplicación de técnicas de procreación artificial.

En el mismo sentido, vale poner de manifiesto, que otros artículos del Código Civil reafirman el comienzo de la persona desde su concepción. Estos son los artículos n° 3290 y n° 3733, que acuerdan capacidad para suceder y para adquirir por testamento - respectivamente- al hijo concebido y posee singular relevancia que el artículo n° 264 del Código Civil, en su texto actual, introducido por la Ley N°23.264, sancionada en 1985, el cual define la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación, "desde la concepción de éstos", sin mención del lugar de concepción.

A mayor abundamiento, se aviene con ello el Código Penal. Ciertamente, el delito de aborto que contemplan los artículos n° 85 a 88, supone en la víctima el derecho sobre la vida y, de ese modo, su condición de persona con arreglo al artículo n° 30 y demás normas citadas del Código Civil.

Así también, entre otras, las Leyes N° 17.418, cuyos artículos n° 143 y 145 incluyen entre los hijos beneficiarios del seguro de personas a "los concebidos" al tiempo de ocurrido el siniestro, y N° 24.004 de ejercicio de la enfermería, cuyo artículo n° 10 inciso "b", ordena "respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte".

De igual manera, se encuentra reconocida la misma situación jurídica en los Tratados, Declaraciones y Convenciones que, desde el año 1994, en virtud del artículo n° 75 inciso 22 de la Constitución Nacional poseen jerarquía constitucional. La Convención sobre los Derechos del Niño, "en las condiciones de su vigencia" ratificada mediante la Ley N° 23.849, con sus correspondientes reservas y declaraciones, establece que se entiende por niño a "todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad". Es decir, que se ubica al niño como sujeto de derecho desde el momento de la concepción, sin acotarla a la que pueda producirse en el seno materno, lo que implica la obligación de resguardarlo y considerarlo no como una parte del padre o la madre, como una cosa, sino como sujeto en sí mismo, como una persona humana.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre regula diciendo a "todos los hombres", a "todo ser humano" y a "toda persona", y agrega: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, se expresa al disponer en el artículo 1 inciso 2: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", por lo que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción" artículo 4 inciso 1. La Declaración Universal de Derechos Humanos indica a "todos los miembros de la familia humana" -Preámbulo-, a "todos los seres humanos" -art. 1-, a "toda persona" -art. 2- y a "todo individuo" -art. 3-, y determina que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", y "Todo individuo tiene derecho a la vida...".

Asimismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (art. 4). En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art. 6 incs. 1 y 5). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al condenar tal discriminación como modo de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al castigar este delito que importa, entre otros actos, la matanza de miembros de un grupo y la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..." (art. 2 incs. a y d).

Consecuentemente en el Pacto de San José de Costa Rica, se establece en el art. 5 inciso 1) que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral."

Semejante conclusión cabe en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Por todo lo expuesto, se permite concluir que en nuestro sistema legal todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y, reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la por nacer. Ello es así desde el momento de su concepción; y resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. En este sentido, el embrión humano no puede ser tratado jamás como una cosa. La “cosificación” del embrión humano debe estar penada. Aún cuando con fines procreativos, se ayude a su formación con cierta artificialidad, ello debe ser “en un proyecto de cuidado y amor responsable” como afirma en Italia el Comité Nacional para la Bioética.

La categoría de pre embrión es destacada en líneas generales por quienes propician las técnicas de fecundación artificial, así como la experimentación con los resultados de tales procedimientos. Si al llamado “pre embrión” se le desconoce arbitrariamente y sin ningún tipo de fundamento biológico científico su carácter de persona, necesariamente pasará a ser considerado como una cosa, y entonces podrá ser congelado, manipulado, comercializado, etc. V. Aspectos biológicos del embrión humano

Hay que determinar el comienzo de la existencia del ser humano desde una perspectiva biológica, y consecuentemente su personalidad jurídica. La genética es la rama de la biología que estudia los caracteres de los seres vivos, y es necesario para una mejor comprensión de las propuestas y recomendaciones que se hacen en torno a la necesidad de la regulación normativa tener conocimiento de las nociones básicas de la biología molecular y de la embriología que constituyen el contenido de las propuestas que se han realizado en torno a este tema.

El tejido corporal y orgánico del ser humano está constituido por células, formadas por la membrana celular, que forma el contorno y regula el intercambio con el medio, el citoplasma, que es una masa gelatinosa y fluida que rodea el núcleo y allí se realiza el proceso metabólico del ADN, y el núcleo, elemento central que dirige el funcionamiento de la célula y contiene veintitrés pares de cromosomas, dispuestos en forma de filamentos, portadores de genes que contienen los ácidos nucleicos, produciendo la transmisión del material hereditario y sintetizando las proteínas, lo cual le permite ser el transmisor de la herencia genética.

Las células se clasifican en somáticas, que conforman la línea corporal cuya estructura es temporal, porque desaparecen con el ser (poseen 23 pares de cromosomas homólogos), germinales, o reproductivas, cuya estructura es potencialmente inmortal desde que se transmiten por generaciones (poseen números reducidos de cromosomas). En el ser humano, la fecundación es el resultado de la fusión del elemento masculino (espermatozoide) con el elemento femenino (óvulo) para formar una sola célula, el huevo o cigoto.

Mediando el ciclo correspondiente el ovario expulsa un ovocito para dirigirse hacia el interior de la trompa de Falopio. Por su parte, el espermatozoide recorre el conducto en unas horas, hasta llegar, tras pasar diferentes transformaciones que le permiten la fecundación, al ovocito. Desde que ocurre la fecundación, se producen cambios de estructura en el citoplasma del óvulo así activado. El pronúcleo femenino y el pronúcleo masculino se unen y se fusionan en un cigoto: la fecundación propiamente dicha se ha realizado.

Cuando los espermatozoides son llevados a la mujer por medio de la inseminación artificial, en cualquiera de sus modalidades, o cuando los gametos masculinos y femeninos, o tan solo los óvulos (TOT: transferencia intrauterina de ovocitos), son introducidos en las trompas de Falopio (GIFT o TIG: transferencia intrauterina de gametos), al igual que cuando se procede a la transferencia interperitoneal de óvulos y espermatozoides (POST), según cual sea la técnica de fecundación médicamente asistida (FAM) de las aquí señaladas que se emplee, a las que no cabe comprender bajo la denominación de “manipulaciones genéticas” (pues mientras las primeras tienden al logro de la generación de un individuo, las segundas “hacen referencia a las modificaciones que se operan sobre el potencial genético de los seres vivos”), podrá completarse el ciclo natural, con las salvedades propias de cada una de dichas técnicas, en la forma antes indicada. La unión de los gametos también puede lograrse en laboratorio, extracorporalmente, mediante la fecundación “*in vitro*” (FIV), fertilizando un óvulo introduciéndole un espermatozoide por medio de una microinyección. Como señalara el médico y jurista Arturo Yungano (*Jornadas Nacionales de Derecho Civi desarrolladas en 1991 Tema Principios de la Existencia de la Persona.*), si se ve en el microscopio un punto que es el óvulo fecundado, ello no muestra absolutamente nada. Sin embargo, luego vienen los procesos de diferenciación celular: de las células de una misma capa algunas van a servir para constituir, por ejemplo el aparato genital y otras para formar el aparato digestivo. Pueden producirse malformaciones congénitas.

La organización genética recién se producirá, al conjugarse los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, contenidos en el pronúcleo masculino y femenino, respectivamente, y este es el momento en el que acontecería la concepción en sentido estricto, quedando impreso en el nuevo ser su código genético, con todos los numerosos y complejísimos componentes. Al producirse el crecimiento de los pronucleos, en cada uno se duplica su ADN. Es la primera subdivisión de la célula del cigoto, aproximadamente a las 30 horas del comienzo de la fecundación. Los resultados de la fecundación son: el restablecimiento del número diploide de cromosomas, la determinación del sexo del nuevo individuo y la iniciación de la segmentación o división mitótica que produce el aumento creciente del número de células, llamadas blastómeros, que por sus sucesivas Divisiones s llegan a constituir un conglomerado, de doce o dieciséis células (mórula). El primer día se asocian ambos patrimonios genéticos, para ya en el segundo día comenzar la actividad de transcripción de la información genética contenida en el cigoto, que es la que otorga las características específicas al individuo.

Frente Joven propicia la defensa de la personalidad del embrión a todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación y, por ende, no puede ser usado con fines terapéuticos a favor de terceros, ni destruido.

VI. Jurisprudencia

El asunto *Brüstle v. Greenpeace*

El Tribunal Supremo planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, requiriendo la precisión del concepto de “utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales” empleado en el artículo 6 de la Directiva 98/44/CE sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. A dicha cuestión responde la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, dictada en el asunto “*Brüstle v. Greenpeace e. V.*”, Asunto C-34/10[3]. Lo hizo en el marco de un proceso en el que se trataba de clarificar si el investigador Oliver BRÜSTLE tenía o no derecho a mantener la patente de una invención que implicaba el uso de células madre embrionarias. Como habrá ocasión de explicar con más detenimiento, la patente le había sido inicialmente concedida en la

República Federal de Alemania (DE 19756864 C1), pero fue posteriormente retirada tras un recurso ante el correspondiente órgano de apelación. Brüstle recurrió al Tribunal Supremo y éste planteó su consulta al TJUE, toda vez que la normativa alemana de patentes había implementado la Directiva 98/44/CE en todo lo relacionado con las patentes sobre la materia viva. Solicitaba, en concreto, una clarificación sobre el apartado de la Directiva que excluía de patentabilidad toda invención que implicase una “utilización de embriones humanos con fines comerciales o industriales” (art.6.2. apartado c).

Más de tres décadas después de que naciera Louise-Brown, la primera bebé probeta, la normativa aplicable a la Reproducción Humana Asistida diverge de unos a otros Estados Miembros de la Unión no sólo en sus detalles, sino en cuestiones tan elementales como la relación que a estas formas de vida humana debe dispensarse en relación con el respeto a la dignidad humana y si se les reconoce o no alguna protección desde el reconocimiento del derecho a la vida. Entiende el TJUE, que existe un embrión a partir de que el óvulo es fecundado, pero añade que quedan también abarcados en el concepto de embrión óvulos humanos que “no han sido fecundados”, pero a los que les han sido aplicadas determinadas técnicas como consecuencia de las cuáles “resultaría posible” impulsar su desarrollo hasta dar origen al nacimiento de una persona. Entre las técnicas que recoge el fallo está la llamada “transferencia nuclear”, pues queda comprendido en el concepto de embrión humano “todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”, así como “todo óvulo no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Gran Sala, con fecha 18 de octubre de 2011 en la causa "Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV", al expresar: "Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación" y, por ende, no puede ser usado con fines terapéuticos a favor de terceros, ni destruido.

El fallo tiene fuerza de cosa juzgada, no sólo para el país donde se inició la cuestión, sino para todos los estados miembros de la comunidad. El caso planteaba la posibilidad de utilizar embriones humanos en procedimientos patentables industrialmente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado el derecho a la vida como el primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y por las leyes.

El temor a enfrentarse con los poderosos laboratorios, las clínicas de fecundación, y los grupos que desconocen la personalidad del embrión, ha incidido para que sean muy escasos los que asumieran esta tarea. Por otro lado, en diciembre de 1999, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo definitivo¹⁵. En él, quedó expresamente sentado que el embrión es persona a la luz del Derecho argentino, por lo cual se solicita la intervención del Ministerio Púpilar, con el objetivo de proteger a un conjunto de incapaces cuya vida física y/o psíquica pudiera verse afectada mediante técnicas de experimentación y congelamiento realizadas en centros de fertilización. A la luz del caso analizado podemos observar que en nuestro país, la doctrina sostiene que luego de la unión de los cromosomas femeninos y masculinos, se determina la individualidad del nuevo ser, reconociendo al embrión el derecho a la vida y a la integridad física desde el momento de la concepción tanto dentro como fuera del seno materno. Como puede extraerse del fallo analizado, desde la fecundación existe el sujeto de la bioética que es el ser humano y en razón de esa existencia el mismo posee una vida y una dignidad de la que debe dar cuenta el régimen jurídico para su amparo. Seguidamente, en el fallo se expresa que existe personalidad en el embrión y así también, en el pre embrión, por tanto luego de la fecundación es un ser humano.

Ahora bien a partir de estas consideraciones, notamos que este caso deja una propuesta relevante, que se traduce en una nueva actitud por parte de la justicia y de los organismos

estatales. En este sentido, ordenó realizar un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, conjuntamente con la indicación de prohibir toda acción sobre éstos que pueda conducir a su destrucción y/o experimentación. Todo ello con el objetivo de sanear las insuficiencias que los nuevos conflictos jurídicos generan.

Finalmente debemos señalar que este precedente jurisprudencial determinó que en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica.

Por último, en marzo del 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo *Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo*, refiriéndose a la venta de la “píldora del día después”¹⁶. En esa sentencia trascendental, el supremo tribunal argentino reiteró los criterios de “R., R. D”. En el que una vez sentado el principio de que el interés difuso en la preservación de derechos vitales para garantizar la calidad de vida humana otorga legitimación activa para accionar en pro de la defensa de aquéllos, debemos acordar que la admisión de la acción en cabeza de un actor ajeno al proceso directo de procreación artificial ha significado el primer antecedente judicial que falla a favor de la tutela judicial de la preservación, no sólo de la calidad de vida humana sino de la vida misma”.

VII. Prácticas médicas vs. Derecho

La Declaración de Helsinki de 1964, revisada en el año 1975 en la Asamblea Médica Mundial en Tokio, dispone que, en caso de conflicto entre el interés de la ciencia y la sociedad y el interés del sujeto, debe siempre prevalecer el interés del sujeto.

La técnica del congelamiento de embriones humanos y la consecuente existencia de bancos de embriones humanos, que en la actualidad se encuentran desplegadas en diversos países, plantean serios problemas éticos y legales y una gran preocupación sobre el peligro de que los seres humanos comiencen a manipular sobre la vida o muerte de sus semejantes.

La cuestión fundamental que define este debate es de si el embrión es una persona o una cosa, de si es un sujeto o un objeto. “Se busca evitar por todos los medios el peligro, cada vez más palpable, de una suerte de *genocidio* de embriones *in vitro*”.

El individuo procreado es, sin duda, el primer personaje en quien el legislador debe pensar, y es, por cierto, aquél más necesitado de su preocupación y tutela. No se trata, por lo tanto, de “adaptar” el Derecho a las prácticas médicas, sino a la inversa, de encauzar éstas de modo que no lesionen el respeto debido a la dignidad humana²⁰. La dignidad de la persona ya nacida no estaría garantizada si no se protegieran todos los momentos secuenciales que integran su proceso evolutivo, desde el primero de ellos con el comienzo de la vida, en la concepción, hasta la culminación de la evolución embrionaria con el nacimiento. La fecundación “*in vitro*” abre la posibilidad de una concepción fuera del cuerpo de la madre, esto no significa que el embrión deba quedar sin protección, o con una protección diferente del ya implantado. Por ello, se le debe otorgar idéntico tratamiento al por nacer, cualquiera haya sido la forma en que fue procreado. Está claro que una vez que existen los embriones, éstos merecen todo el respeto como personas, como sujetos de Derecho que son. Sus vidas constituyen un bien jurídico autónomo, que exige ser protegido, independientemente de que hayan tenido o no su origen en una concepción extra-uterina.

El derecho a tener una familia está ligado con la protección jurídica de las relaciones humanas, afectivas y económico-patrimoniales que surjan. El derecho a la igualdad tiene que ver con la no discriminación del embrión. Es la consagración de la igualdad entre el nacido por técnicas de reproducción humana asistida y el nacido concebido por vía natural

en el seno materno. Lo buscado es que no se haga distinción alguna entre ellos, es decir, que estén equiparados jurídicamente.

Esta postura se encuentra desarrollada a nivel internacional y ha sido asentada en la legislación de distintos países, podemos citar como ejemplos la República de Alemania, su Ley Penal 745 del año 1990; Austria, Ley sobre medicina de la reproducción del año 1992; Noruega, Ley N° 68 del año 1987, Suiza y Suecia, entre otros.

Consideramos que la vida del embrión humano debe ser protegida y los datos de la realidad científica demuestran que con la técnica de criopreservación de embriones humanos se lesiona este derecho y muchos otros bioderechos de la persona.

VIII. Conclusiones

Desde lo científico, ya no hay ninguna duda acerca de la naturaleza humana del nuevo ser y los eufemismos ya no caben en la materia. Mucho menos para la concepción de la comisión que redactó el proyecto, que -acertadamente- no se enrola en las equivocadas corrientes que sostienen que la persona humana no existe desde la concepción.

Si se es persona humana desde la concepción, poco importa si ésta se realizó en el seno materno o en una probeta, lo cierto es que el embrión es un ser humano desde que se unieron el espermatozoide y el óvulo, por mantenernos en la fecundación extracorpórea tradicional.

En este sentido es criticable la solución del proyecto, contraria a sólidos fundamentos científicos y éticos y, en este caso, a la importante sentencia del alto tribunal europeo, que ciertamente no se puede desconocer, y ataca de raíz una de las consecuencias de la concepción proyectada, cual es la indefensión de los "embriones humanos" y su utilización comercial o científica.

_ La gravedad de esta reforma estaría dada porque no reconocería como personas a los embriones concebidos extracorpóreamente.

_ Ello podría habilitar intentos de legitimación de los atentados contra la vida que se producen en el marco de las técnicas de fecundación artificial extracorpóreas y graves abusos contra los embriones humanos.

Adherimos a las numerosas voces, entre ellas de gran número de académicos y profesores de universidades nacionales y privadas del más alto nivel, que solicitaron un debate exhaustivo y amplio dada la envergadura de la norma por modificarse.

Pero más allá de lo coyuntural -concluye- y a la espera de que estos proyectos no tengan sanción legal, es necesaria una profunda reflexión de las motivaciones ideológicas que llevaron a nuestra sociedad a enfrentar transformaciones como las que se presentan.

Asimismo se impone una labor de transmisión mediática de los argumentos que fundamentan la dignidad de toda persona humana, pues el avasallamiento de los derechos aquí defendidos tiene también su causa en una difusión distorsionada de la realidad.

Exhortamos al Honorable Congreso de la Nación a elaborar una legislación específica para estas tareas, que disponga controles sobre las actividades realizadas en los centros especializados, procurando evitar toda acción de manipulación, experimentación y/o congelamiento de embriones humanos.