

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: FECUNDACIÓN IN VITRO

RESUMEN: En le presente informe de investigación desarrolla el tema de la fecundación In vitro, determinándose el concepto tanto legal como científico de este método, además se analiza las implicaciones éticas de este tipo de procedimientos en general, en el apartado de jurisprudencia se adjunta el voto 2306 del año 2000 para el caso nacional y jurisprudencia de Argentina.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)La Fecundación in vitro.....	1
b)Concepto y Objeto de la Fecundación in Vitro.....	3
c)Ética y Derecho.....	5
2JURISPRUDENCIA.....	8
a)Voto que declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995..	8
b)Jurisprudencia en Derecho Comparado.....	25
Argentina.....	25

1 DOCTRINA

a) *La Fecundación in vitro*

[NAVARRO DEL VALLE]¹

La fecundación in vitro seguida de transferencia de embrión humano dio origen al nacimiento de Louise Brown el 25 de julio de 1978 en Lancashire. Pocos meses después nace la primera niña en Australia. En mayo de 1981 nace Amandine en Francia y en diciembre de 1981

evento similar en Estados Unidos. Este procedimiento se ha extendido a todo lo ancho del planeta.

Al principio se presentó la FIVET como una técnica para casos límites de infertilidad de causa tubaria y exclusivamente usando gametos de los cónyuges e implantando el embrión en el útero de la esposa.

Se ha generalizado su uso en muy variadas condiciones de esterilidad (masculina, inexplicable, etc.). Asimismo se ha extendido a todo tipo de combinaciones, hasta la completamente heteróloga: semen y óvulo de donantes y trasplante del embrión resultante a una madre sustituta.

La probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetida las veces que sean necesarias, es de un 20%. Por una pareja que tiene un hijo, cuatro viven el duelo de la pérdida de los embriones que le fueron transferidos.

Por cada 24 embriones que se implantan se obtiene un niño vivo. El alto riesgo al cual se somete a estos seres humanos es desproporcionado; para complacer el deseo de un niño, se requiere de la muerte de veintitrés seres humanos. A esto debemos sumar el incierto destino de los embriones anormales o sobrantes.

La técnica de super-ovulación favorece el aumento de aberraciones cromosómicas en los óvulos, la falta de paso de los espermatozoides por el moco cervical (filtro selectivo fisiológico) favorece la fertilización con espermatozoides deficientes, y la técnica de fertilización permite las fertilizaciones poliespérmicas.

Entre las 14 y 19 semanas se realiza un diagnóstico prenatal de malformaciones y si existe una probabilidad de malformación es una práctica habitual provocar el aborto.

El propio Edwards (quien obtuvo la primer niña probeta) ha dicho que él no hubiera realizado una fecundación in vitro si el aborto no estuviera legalizado en su país; si después de la fecundación extra-corporal, el embrión acusara defectos una vez colocado en el útero, era necesario tener el derecho a suprimirlo. Prácticamente todos los centros de fecundación extra-corporal disponen de un servicio de abortos.

Hay una incidencia mayor de embarazos múltiple de 20 a 30%, ectópicos 5,25%, aborto 26,9%, partos prematuros 20%, nacidos muertos 2,4%.

Se obtienen embriones humanos con fines diferentes a la esterilidad. Se ha pasado, de reconocer que todos los seres

humanos tienen derecho a la vida, a afirmar que el todos no incluye a los que no han llegado a la edad biológica de... (¿20 semanas?, ¿12 semanas?, ¿2 semanas?).

Para acallar conciencias, de lo que se hace con seres humanos en sus primeros catorce días de existencia, se ha introducido el neologismo de preembrión.

Se olvida el derecho ontológico a la vida del ser humano por lo que "es" y no por lo que "tiene". Es un "sujeto" no un "objeto". Es "alguien" no "algo". Es "ese" no "eso".

Si realmente queremos evitar la esterilidad, debemos combatir sus causas. Muchas de ellas previsibles y evitables tales como la inflamación pélvica provocada por el aborto, dispositivos intrauterinos y enfermedades de transmisión sexual. Así como agroquímicos que han dejado en nuestro medios miles de hombres estériles.

Deben investigarse y usarse otras alternativas de tratamiento que no expongan a riesgos para la vida y la dignidad de los seres humanos.

La fertilización in vitro es únicamente un eslabón de la cadena de eventos en reproducción humana, que hasta hace poco se consideraban ciencia ficción, tales como crioconservación de embriones, clonación, fisión gemelar, partenogénesis, androgénesis, fertilizaciones mixtas (gametos humanos y animales), maternidad subrogada, ectogénesis, embarazo masculino, alteración del patrón genético y el proyecto del genoma.

La ciencia es una cosa tan seria, que no se debe dejar únicamente en manos de los científicos. En la primera mitad del siglo fue la bomba atómica, en la segunda la bomba genética. ¿Cuándo se dirá: hasta aquí?."

b) Concepto y Objeto de la Fecundación in Vitro

[CASTRO QUESADA]²

"Consiste entonces básicamente, la fecundación in vitro y transferencia embrionaria en reproducir - con técnicas de

laboratorio de altos costos que revelan el gran desarrollo científico y tecnológico de la humanidad - el proceso de fecundación del óvulo que ocurre normalmente dentro del cuerpo de la mujer pero que por algún obstáculo insuperable no puede darse *intra corpore*.

La fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria es una técnica de reproducción asistida diferente de la Inseminación Artificial la cual consiste en:

"la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz. La misma no consigue resultados en algunos casos de esterilidad femenina debida a problemas insolubles de las Trompas de Falopio, de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológico y finalmente los casos de esterilidad sin diagnóstico que en los últimos años ha llegado a estar representado por un alto porcentaje."

Así, la inseminación artificial se aplica sobre todo en casos de infertilidad masculina y la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria tiene su aplicación en casos de esterilidad femenina, principalmente para obstrucciones en la Trompas de Falopio.

De manera muy general, la diferencia fundamental entre estas dos técnicas radica en que en la fecundación extracorpórea el procedimiento de fecundación se realiza fuera del cuerpo humano para implantar posteriormente el embrión en el útero materno, mientras que la .inseminación artificial se inocular el semen en el cuerpo de la mujer y todo el proceso de fecundación se realiza dentro del cuerpo de esta.

En nuestro país la Inseminación Artificial se encuentra contemplada y protegida por el Artículo 72 del Código de Familia como una de las muestras más claras de los intentos jurídicos realizados para dar una protección real y efectiva a los fenómenos actuales. En razón de ello muchos ginecólogos, sea en la práctica privada o estatal (por ejemplo se brinda este servicio en la Maternidad Carit), realizan esta técnica en nuestro país, y sin embargo se oponen a la práctica de la fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria ya que aseguran que con la inseminación facilitan la vida, pero no la hacen.

La fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, desde el punto de vista científico técnico ha dado grandes logros de conocimiento en cuanto a los medios de reproducción humana lo cual

se hace evidente en aspectos tales como:

- Alimentar el interés científico de investigación acerca de las características y funcionamiento de la fecundación humana.
- Avances en el conocimiento de la biología celular en aspectos como conocimiento del desarrollo de la célula germinal, acceso a la información de ovocitos y su entorno, mayor conocimiento de los primeros estadios de la vida embrional.
- . - Profundizar en el conocimiento de las tasas hereditarias y su cura para satisfacción de intereses terapéuticos, ya que un sector analiza los problemas de esterilidad femenina como una enfermedad a la que se le debe encontrar una solución permanente.
- Medir el poder manipulador del hombre sobre la fecundación y gestación, lo cual se ha convertido en uno de los puntos más polémicos en relación a la fecundación in vitro y transferencia embrionaria porque evidencia el deseo del hombre de conquistar un dominio absoluto sobre su propia fecundidad sin saber a ciencia cierta, y ni siquiera poder preveer las consecuencias que esta traería. Algunos investigadores sin escrúpulos intentan experimentalmente lograr por medio de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria el que nazca un ser que no debe de traer ninguna clase de malformación y al que busca también poder llegar a determinar su sexo, lo que en ambos casos, de no ser logrado, es razón suficiente para desechar el producto y empezar una nueva experimentación."

c) *Ética y Derecho*

[MARTÍNEZ]³

"Así como Europa asistió, durante los siglos XV y XVI y debido a los descubrimientos geográficos de sus navegantes, a la modificación de las estructuras jurídicas imperantes y a la creación de nuevos institutos para abarcar relaciones y situaciones hasta ese momento inéditas, la humanidad toda, en el transcurso del siglo XX, se enfrenta a una verdadera revolución biológica y a los consiguientes cambios en el orden jurídico que la misma fuerza.

"Los hallazgos precedentes, y los coetáneos en otras áreas o con

otras técnicas, favorecían, favorecen, las condiciones de vida; éstos modifican, alteran, la propia vida humana. El estar-en-él-mundo transformado por el resultado de otros logros científicos, se convierte aquí en un radical trastrocamiento del puro ser-en-el-mundo". El derecho, como mecanismo regulador de conductas, se encuentra indisolublemente ligado a las transformaciones que experimenten los diferentes comportamientos humanos. Esas modificaciones pueden reconocer como génesis significativas mutaciones de la ideología imperante en una comunidad determinada, o, como en el caso que nos ocupa, espectaculares avances científicos que echan por tierra conceptos que, hasta ese momento, revestían la calidad de verdades inmutables.

La vertiginosa serie de logros alcanzados en el campo de la genética provoca., en una sociedad mayoritariamente estupefacta, dudas y conflictos estrechamente ligados a conceptos de perceptible raíz ética y teológica. Frente a ellos, el Derecho Penal se mantiene, hasta el presente, en la mayoría de los países de la cultura occidental, aún expectante, ponderando la efectiva necesidad de su actuación.

La Ética tradicional se ha visto tan violentamente convulsionada por estos descubrimientos, a los que se agregan técnicas médicas de similar impacto en el ámbito moral (trasplante de órganos, por ejemplo), que ha desarrollado una rama directamente ligada a la problemática atinente a la vida humana: la Bioética, o Moral de la Corporalidad.

Este término fue utilizado por primera vez por RENSSELAER VAN POTTER, quien denominó Bioethics: Bridge to the Future a una de sus publicaciones editada en 1971, señalando que entendía la disciplina como una aplicación del conocimiento biológico al mejoramiento de la calidad de vida así como a asegurar la supervivencia. Sí bien no se trata de un texto de neto contenido ético, puntualiza el rol que cabe a los biólogos frente a estos avances y destaca cómo el progreso biológico da poder a un número limitado de personas.

Esta nueva rama de la antigua ciencia reconoce en su origen tres factores fundamentales los avances científico-técnicos ya aludidos, los cambios operados en el concepto de salud y en la práctica médica y la desconfesionalización y desdeontologización de la Ética.

Sin embargo, salvo tornarse más acuciante, la pregunta básica que deberá responder esta novel rama es la misma que ha acosado a los hombres de ciencia a lo largo de los siglos: ¿resulta éticamente aceptable que un científico lleve a la práctica todo lo

técnicamente posible? Es decir, ¿existe algún límite?, y si lo hay, ¿cuál es?

Una vez que la Bioética encuentre su respuesta, los juristas deberán sugerir con qué instrumentos legales el Estado intentará que la comunidad respete la parte de esa Ética que, a juicio del legislador, resulte obligatoria.

La tarea que nos proponemos abordar es singularmente ardua ya que consiste, básicamente, en jerarquizar bienes jurídicos íntimamente ligados a la supervivencia de la especie humana.

El conflicto central se plantea entre el derecho otorgado explícita o tácitamente a los investigadores para desarrollar su tarea, en tanto y en cuanto ésta se presume directamente destinada a mejorar la calidad de vida y a incrementar las expectativas de sobrevivencia, y el respeto que la humanidad toda le debe a la esencia de esa vida que se intenta mejorar o prolongar, reconocimiento receptado sin retaceos por la mayoría de los textos constitucionales, en razón de que los procedimientos de ingeniería genética importan la necesaria manipulación precoz de óvulos fecundados y su consiguiente destrucción.

Nadie puede descartar que junto a científicos abnegados, que trabajan seria y responsablemente para librar a la humanidad de sus padecimientos, coexistan verdaderos aprendices de brujo que, en un ansia desenfrenada de saber (o de poder), desaten fuerzas o generen procesos que luego nadie pueda controlar, probablemente instigados por los titulares de los enormes intereses económicos que se mueven en este campo.

Este tipo de conductas, que ponen en peligro un bien jurídico fundamental, inmutable, que está más allá de divergencias ideológicas o doctrinarias, como es la supervivencia de la especie humana, merece respuesta penal. Respuesta que ha de ser necesariamente criteriosa y mesurada para no tornarse un obstáculo al progreso científico, del que la humanidad también depende.

Si bien la dignidad humana, presente desde el comienzo mismo de la existencia de la persona, se ha de tener primordialmente en cuenta reconociéndola como valor fundamental a preservar frente a los avances de la medicina y la biología, resulta funcionalmente vinculada a la supervivencia de la especie, puesto que si abrimos camino a la eventual destrucción de la humanidad ya no existirá base óptica donde la dignidad pueda asentarse.

En tal sentido, con acierto se señala que "la vida es el soporte biológico no sólo del individuo sino de la especie. Sobre ella descansan todos los demás valores de que el hombre es portador"⁸. La dimensión y trascendencia de los trabajos que se llevan a cabo

en el campo de la genética revelan lo ajustado de este razonamiento."

2 JURISPRUDENCIA

a) Voto que declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

Exp: 95-001734-0007-CO

Res: 2000-02306

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995 .

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:00 horas del 7 de abril de 1995 (folio 1), el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S y

aduce que la "Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones" o FIVET es un servicio lucrativo, mediante el cual se procura implantar por métodos artificiales óvulos fecundados -en adelante "concebidos"- en el laboratorio dentro del útero de una mujer y así lograr embarazos cuando éstos son difíciles de lograr por la forma natural. El actor describe el procedimiento según varios estudios médicos. Afirma que en el IV Congreso de Fecundación In-Vitro, celebrado en Melbourne, Australia en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30,000 tentativas de fecundación in- vitro con transferencia del concebido, de ellas nacieron 2,300 niños. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. Señala que a pesar del mayor dominio de la técnica, la FIVET está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos. En el Congreso de Helsinki, a finales de 1985, se dieron otras cifras: se indicó que de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6,624 y resultaron operativos 1,369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos. Indica que con esta técnica extracorpórea de reproducción humana se resuelven apenas el 17 % de los casos de esterilidad de la pareja, porcentaje poco superior al de otros métodos como el microquirúrgico; la pérdida de embriones es, por tanto, elevadísima. Señala que por Decreto 24029-S se aprobó el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida que incluye la llamada Fecundación In Vitro, publicado el 3 de marzo de 1995 en el Diario Oficial La Gaceta N°45. Este reglamenta la práctica de la Fecundación In Vitro en Costa Rica. Considera que no sólo la práctica generalizada de esta técnica violenta la vida humana, sino que por las características privadas y aisladas en que se desarrolla, sería de difícil implementación y control para el Estado, que no podría garantizar que se cumpla el procedimiento mencionado. El actor fundamenta la admisibilidad de la acción en el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues en el presente caso se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, pues cualquier persona puede accionar en favor del derecho a la vida. Señaló que la Constitución Política, en su artículo 21, establece que la vida humana es inviolable, norma que tiene la amplitud necesaria para la protección de ese derecho. La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos -voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada- resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana, contenido en la norma constitucional antes citada. Señala

que la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por ley N°4534 del 23 de febrero de 1970- establece en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Asimismo su artículo 1, inciso 2 establece que para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. La Convención aclara que para efectos de su articulado persona es todo ser humano, y ser humano se es desde el momento de fecundado el óvulo, por lo que considera que manifestar que se es ser humano en un lapso posterior a este hecho nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente un objeto sin derechos. Indica que según un documento elaborado por la Sociedad Suiza de Bioética, el embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos al ser humano; no se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia, agregando que conferirle al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una corrupción inadmisibles de la razón. Tal documento señala que la ciencia y la técnica no se deben empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Cita el actor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley N°4229 del 11 de diciembre de 1968 y afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, por lo tanto, no requiere de una ley para concederle dicho derecho, es suyo por el simple hecho de su humanidad. Como se dijo, los óvulos fecundados son personas humanas y tienen de por sí el derecho inherente a la vida, no requieren de una normativa para adquirir dicho derecho ni puede ningún reglamento, ley, o convención quitarle o disminuirle ese derecho a la vida. Cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990 y señala que de su preámbulo y artículo 6 se desprende que el niño -toda persona menor de 18 años, incluso antes de su nacimiento, desde la concepción- debe ser protegido. Menciona asimismo la protección que se consagra en el artículo 31 del Código Civil. Manifiesta que la Fecundación In vitro es un negocio y no una cura para una enfermedad ni un tratamiento de emergencia para salvar una vida -como los casos de aborto permitidos por el Código Penal-. Manifiesta que el decreto impugnado dispone en sus artículos 9 y 10 que está prohibida la fertilización in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y el artículo 10 señala que todos los óvulos fecundados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la

paciente o de otras pacientes. A su juicio, pese a estas disposiciones, la simple manipulación de concebidos en un número aproximado de seis por madre, para que sobreviva por lo menos uno, infiere que cinco de ellos morirán para poder ganarle el juego a los porcentajes. Algunos aducen que en el proceso natural de reproducción también se pierden "concebidos", pero el defecto esencial de este argumento es que la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse por fallos o catástrofes naturales. Allí donde comienza la manipulación técnica por parte del hombre, entra en escena la responsabilidad ética del técnico. Manifiesta que otro problema de la técnica es la posibilidad de mantener concebidos congelados, y el hecho de que el decreto lo prohíba al final del artículo 10 no garantiza que no se practique, ya que podrían darse varias circunstancias, como que una vez concebidos, muera la madre por enfermedad o accidente antes de la implantación de los concebidos, o bien puede que la madre sufra una complicación médica que impida el implante, como derrame cerebral, ataque al corazón, etc.. Asimismo, puede que los progenitores tengan una riña, que tenga como resultado la negativa de la madre a dejarse introducir los concebidos o sea los hijos del marido en conflicto. Aún más preocupante sería definir en cada caso anterior, la situación legal del niño concebido. Señala que otra forma de fecundación permitida por el decreto en sus artículos 5 y 6 es la llamada fecundación artificial heteróloga, la cual se presenta cuando la fecundación del óvulo de la mujer casada se hace con el semen de un tercero. Este tipo de fecundación ha suscitado reparos, ya que se llega a la procreación con un componente genético extraño a los cónyuges. Los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica -artículo 72-, establecen que la inseminación artificial con semen de un donante, con consentimiento del marido, equivale a la cohabitación para efectos de la filiación y la paternidad, no adquiriendo el tercero u obligación como padre. El decreto no precisa si el donante tiene derecho a permanecer anónimo, sin embargo la Constitución en su artículo 53 garantiza el derecho de todo ser humano a saber quiénes son sus padres. Menciona además, los posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante la técnica FIVET, a quien se le perturba el derecho a la intimidad, al convertirse en un divo, un emblema.

2.- Por resolución de las 13:50 horas del 16 de mayo de 1995 (folio 170), se le dio curso a la acción, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República .

3.- Los edictos respectivos fueron publicados en los Boletines Judiciales números 121, 122 y 123, de los días 26, 27 y 28 de junio de 1995 .

4.- La Procuraduría General de la República rindió su informe (folios 175 a 202) y considera que la acción es admisible pues es difícil encontrar en cabeza de una persona determinada la individualización de la lesión que pueda provocar el decreto que se impugna. Estamos además en presencia de un interés difuso, como es el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana. En cuanto al fondo, considera que el decreto es inconstitucional por violación al principio de reserva de ley, pues existe prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho a la vida y la dignidad humana. Pese a la evidente inconstitucionalidad del decreto cuestionado, considera la Procuraduría que es preciso hacer varias reflexiones sobre los aspectos planteados por el accionante, la primera de ellas es determinar si en el producto de la fecundación existe vida y, en su caso, la protección a esa vida y en concreto de vida humana en el producto. Se ha sostenido desde el punto de vista religioso, jurídico, ético e incluso biológico, que la vida comienza a partir de la concepción, de la unión de un gameto masculino con uno femenino, momento en que es individualizable una nueva vida desde el punto de vista genético. Sin embargo, este concepto es cuestionado por la ciencia médica, pues algunos señalan que la vida embrionaria comenzaría 14 días después de la fecundación y hasta ese momento, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y con ello, la individualización. Esa consideración ha conducido a alguna doctrina y legislación extranjera a acuñar el término preembrión - por ejemplo en España la Ley N°35-1988 de 22 de noviembre de 1988-. Por ello, si el comienzo de la vida de un ser humano tuviese que ser definida, médicamente podría darse una definición que se aparte de la indicada. Si se desconoce la existencia de vida humana, surgen riesgos de experimentación y manipulación. Asimismo, podría cuestionarse la procedencia de una protección jurídica que restrinja o simplemente regule la manipulación de esa vida "no humana". A juicio de la Procuraduría, del artículo 21 de la Constitución Política se desprende que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa que esa vida no se haya materializado en un ser humano, por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento, sin embargo, cabe recordar que

civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental -artículo 4-. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por ley N°4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional. En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida. En ese sentido afirma la Procuraduría, que en caso de que el producto de la fecundación artificial sea eliminado o destruido voluntaria o involuntariamente, por ejemplo, por impericia del médico o por la inexactitud de la técnica utilizada, se daría una violación al derecho a la vida, sancionable en los términos que el ordenamiento establezca o llegue a establecer. Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. En cuanto a las regulaciones del decreto impugnado indicó el Organo Asesor que su artículo 9 tiene por objeto evitar que preembriones o embriones puedan ser congelados o manipulados de cualquier otra forma, de allí que se prevea la implantación de todos los productos. En ese sentido puede considerarse que la disposición reglamentaria respeta la vida y la dignidad humana. Lo que puede discutirse es el número de óvulos que se permite sea fertilizado. No puede desconocerse que existe un gran riesgo de que la técnica fracase, sea porque no se dé la fertilización, o porque al implantarse el producto en la mujer sea rechazado, lo que hace necesario que se implante más de un óvulo. Sin embargo, si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos se considera suficiente la fecundación de tres óvulos - Ley de Protección de Embriones de Alemania, así como en Costa Rica no es posible la criocongelación, no se determina la razonabilidad de la disposición que contempla la posibilidad de fecundar hasta 6 óvulos, todos los cuales deberán ser implantados. Al respecto, un criterio es el contenido en la Ley Española en cuanto dispone que sólo pueden ser transferidos al útero "el número de embriones valorado desde el punto de vista científico como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo" y es de esperar que el avance de la técnica determine la necesidad de implantar pocos embriones. Esa necesidad de apreciación técnica es importante sobre todo si se considera que el hecho de que no sobreviva el óvulo fecundado en el vientre de la madre puede ser considerado un microaborto y como

allí hay vida humana, se plantea el problema de la protección jurídica en términos del objeto de la técnica en sí misma o, en el caso, la necesidad de definir porqué y para qué producir una fecundación -sea vida humana- si se sabe que no tendrá éxito. El artículo 10 prohíbe desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. El accionante estima que la norma no garantiza que no se mantengan concebidos congelados, lo cual abre la posibilidad de que se den situaciones como que muera la madre por enfermedad o en accidente antes de la implantación de los concebidos, caso en el cual quedarían huérfanos, o que a consecuencia de una disputa, la madre puede negarse a la implantación o que la estadía de los concebidos en la caja de cristal se prolongue porque la madre tenga una complicación médica. Tales eventualidades generarían problemas que no encuentran una respuesta en la sola prohibición contenida en esa norma. Pareciera que en la hipótesis en que la implantación del óvulo fecundado no sea posible, o en caso de que sea necesario retardarla, el camino es la criopreservación -con todos los problemas jurídicos (respeto a la vida y dignidad humanas) éticos y científicos que implica o la eliminación pura y simple del embrión a pesar de lo dispuesto. En todo caso, estima la Procuraduría que ninguna de las soluciones indicadas se compagina con la dignidad que encierra la vida humana. La Fecundación In Vitro constituye una técnica para solucionar un problema, sea la infertilidad, en la medida en que el objeto de esa técnica se modifique, se desnaturaliza la técnica con el riesgo de atentar contra la vida y la dignidad humanas. Entre las conductas que se consideran contrarias a la dignidad humana están el aporte de un gameto en contraprestación de una suma de dinero, los contratos de madre sustituta, pre-adopción, etc., el decreto ejecutivo pretende evitar situaciones degradantes de la condición humana en su artículo 12, norma acorde con el ordenamiento constitucional porque la libertad de disponer de sí mismo tiene como límite la propia dignidad humana. En cuanto a la posibilidad de que se realice la fecundación artificial heteróloga, la Procuraduría señala que existe un derecho fundamental a la familia, según se deriva del artículo 51 de la Carta Fundamental, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7, 8,9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Relacionando ese derecho con la fecundación In Vitro, podríamos decir que todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que la técnica debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. Señala que debe tomarse en cuenta la protección que el ordenamiento otorga a la familia de hecho,

tal y como lo ha puesto en evidencia la Sala en reiteradas sentencias. Pese a que existe un derecho a la privacidad en la relación marital, cuando esa relación trasciende lo externo y se refiere a valores como la vida y la dignidad humana, la intervención estatal se hace necesaria. No es posible aceptar que los padres tengan derecho a disponer del preembrión, embrión o feto, pues éste es un tercero que tiene derechos propios. En cuanto a la Fecundación in Vitro heteróloga, el Decreto pretende regularla, pero no se regula nada en cuanto a la identidad del donante, y establece que el donante no asume derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido. Se aplica una presunción de paternidad del esposo, lo que no excluye, eventualmente, la posibilidad de impugnación .

5.- El actor presentó el recurso de amparo N°1149-E-96 contra la "práctica de la fecundación in vitro", por estimar que viola la vida humana. Por voto 1323-96 de las 10:42 horas del 22 de marzo de 1996 la Sala dispuso tener ese amparo como coadyuvancia en la acción de inconstitucionalidad N°1734-95 .

6.- La vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el día 12 de junio de 1997, a las 9:10 horas, con la presencia de los señores magistrados Rodolfo Piza Escalante (quien presidió), Luis Fernando Solano Carrera, Carlos M. Arguedas Ramírez, Ana Virginia Calzada M., Adrián Vargas B., José Luis Molina Q. y Mauro Murillo A.; y el Procurador General Adjunto de la República, Farid Beirute Brenes, en compañía de la Dra. Magda Inés Rojas .

7.- Por resolución de las 13:30 horas del 30 de junio de 1997 se convocó a una audiencia a las partes y al Ministerio de Salud, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Colegio de Médicos y Cirujanos y al Instituto Costarricense de Infertilidad, con el fin de que expertos evacuaran dudas de los magistrados sobre la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). La audiencia se celebró a las 9:15 horas del 7 de agosto de 1997 con la presencia del Magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, quien presidió y los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, José Luis Molina Quesada y Fernando Albertazzi Herrera. Se presentó el accionante Lic. Hermes Navarro del Valle, acompañado de los doctores Marta Garza y Alejandro Leal Esquivel. En representación de la Procuraduría General de la República el Dr. Román Solís Zelaya, Procurador General, el Lic. Farid Beirute

Brenes, Procurador Adjunto, la Doctora Magda Inés Rojas y el Doctor Francisco Fuster Alfaro. Acreditados por la Caja Costarricense de Seguro Social concurren los doctores Ricardo Slon Hitti y Hernán Collado Martínez; por parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica acudieron los doctores Gerardo Montiel Larios y Fernando Sánchez Arroyo y por el Instituto Costarricense de Infertilidad, el Doctor Gerardo Escalante López .

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Piza Escalante ; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción es interpuesta por el recurrente en forma personal y directa y es admisible de conformidad con el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por considerar que infringe dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Frente al interés del accionante en impugnar el decreto que regula la Fertilización In Vitro, en la forma en que ha sido impugnada, no hay en el asunto interesado individual y directo en su eliminación, sino que lo que podría haber es, más bien, el interés de conservar la norma o ampliar su contenido con el fin de acceder a ella.

II.- Sobre el objeto de la acción: El decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995 autoriza en el artículo 1° la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establece reglas para su realización. En el artículo 2° define las técnicas de reproducción asistida como "todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio". A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización in vitro, cuestionadas por el accionante.

"Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales -óvulos y espermatozoides- para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes."

III.- Inconstitucionalidad por la forma del Decreto N° 24029-S por infracción del principio de reserva legal. La reiterada jurisprudencia de este Tribunal -especialmente la sentencia 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992- ha señalado que el principio de "reserva de ley" exige que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-. Asimismo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial" y que

ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho. La regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el Derecho de la Constitución. En conclusión, el Decreto N° 24029-S impugnado es inconstitucional, en su totalidad, por violación del principio de reserva legal, y en consecuencia debe ser anulado.

IV.- Inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S: La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones. Aduce, además, el actor que la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones regulada en el decreto impugnado violenta el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. Para abordar el tema es preciso hacer una breve descripción de la técnica en cuestión, con base en los documentos aportados por las partes y la información recabada en la audiencia celebrada el 7 de agosto de 1997. Al respecto, debe indicarse que, primero, se recogen los gametos masculino o femenino, para lo que existen diversos métodos. Una vez conseguido esto, el o los óvulos se trasladan a un recipiente especial que actúa como incubadora, con un medio de cultivo similar al ambiente natural del ovario. En todos los sistemas, incluyendo el autorizado por el decreto que se cuestiona, se dan dos fenómenos: se excita artificialmente la producción de varios óvulos por la mujer y la fertilización se produce en un alto porcentaje de los óvulos. Fecundado el óvulo, el embrión se transfiere a un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional. La transferencia del embrión se puede hacer por dos vías: transcervical y transcutánea. Finalizada la operación, la paciente permanece en el hospital un día y durante tres o cuatro días limita su actividad. A las dos semanas se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG, con el fin de hacer un diagnóstico precoz de embarazo. Esta es la etapa más difícil del proceso y en la que se origina la mayoría de los fracasos, por ello los equipos médicos acostumbran transferir de tres a cuatro embriones al útero, siendo

lo más generalizado no implantar más de cuatro por el riesgo de embarazo múltiple. Por lo general -aunque el Decreto lo prohiba- los huevos fertilizados que no se implantan en el útero de la mujer son desechados o mantenidos en congelación para su utilización futura.

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva -primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano

tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento" . Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" . Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense : Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento" , con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella – formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia.

VIII.- Conclusiones: A).- La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por lo que omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos a tal técnica, en el sentido de que plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes en Costa Rica, especialmente en el Derecho de Familia y el Derecho Penal. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de

reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraría permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado. El decreto prohíbe la selección de embriones, su congelamiento y eliminación, y la experimentación con estos seres humanos, a diferencia de la práctica común en el resto de los países del mundo -es muy ilustrativa la permisiva ley española "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" N°35/1988 de 22 de noviembre de 1988-, que en el artículo 11, párrafos tercero y cuarto, dispone:

"Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. 4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes."

El artículo 12 dispone, por su parte:

"Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear."

El artículo 15 de esa ley permite la investigación o experimentación en preembriones vivos si se cuenta con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, y si no se desarrollan in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieren haber estado crioconservados. Se permite la investigación en

preembriones in vitro viables, si ésta es de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico. Finalmente, la ley española regula aún los casos en que puede investigarse en preembriones, con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos.

IX.Conclusiones: B).- En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro– aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en

la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos -voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Notifíquese. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese el Diario Oficial "La Gaceta".

b) Jurisprudencia en Derecho Comparado

Argentina

[SALA I DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE BUENOS AIRES]⁵

AUTOS Y VISTOS: El Dr. R. D. R. inicia estas actuaciones a efectos de que se dé inmediata intervención al Ministerio Pupilar, con vistas a la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas, denunciando, en tal sentido, que según las noticias periodísticas que menciona en diferentes ámbitos de nuestro medio se practican técnicas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio y/o de los jueces competentes.

Con intervención de la Asesora de Menores e Incapaces de primera instancia el señor juez a quo dispuso distintas medidas tendientes a verificar los hechos que motivan tal denuncia, con los resultados que constan en autos, pronunciándose en definitiva a fs. 119/121. Al hacerlo consideró que lo actuado permite constatar la existencia de prácticas médicas enderezadas a obtener con ayuda de la ciencia la fecundación que por vía exclusivamente natural no es posible lograr; que tales prácticas intervienen en las fases primarias del proceso de gestación de la vida humana; que cualquiera sea su encuadramiento jurídico, esta merece tutela desde el momento mismo en que aparece; y que tal necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública: en principio del legislador, estableciendo pautas generales apropiadas, pero a falta de estas y hasta tanto se dicten debe ejercerla el órgano judicial, aunque no permitiendo o prohibiendo en abstracto sino ponderando cada caso concreto, a fin de evitar que una libertad total sobre la materia pueda llegar a comprometer la vida humana. Y ello supuesto, el a quo resolvió: "I) Disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, sea a puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular. II) Ordenar se notifique por Secretaría lo proveído en el día de la fecha a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades supra reseñadas. III) Hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto de que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las

prácticas médicas de fertilización asistida...". Finalmente, a fs. 123 se proveyó la aclaratoria pedida a fs. 122, reiterándose que el descongelamiento de óvulos fecundados quedaba incluido en lo resuelto.

II. El pronunciamiento fue apelado a fs. 184/7 por A. A. R. y N. A. T., a fs. 229/32 por F. S. R. L. y a fs. 234 por los Dres. J. C. M., C. C., F. G., A. D., E. S. y J. S., concediéndose los recursos a fs. 233, 236 y 268. Los primeros expresaron sus agravios a fs. 289/305 y los demás apelantes lo hicieron en forma conjunta a fs. 251/263.

Elevados los autos a este Tribunal se dispusieron las siguientes medidas: a) por pedido del Señor Asesor de Menores de Cámara, a fs. 334 se mandó agregar la documentación de fs. 309/27 y librar oficio a la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, cuya respuesta obra a fs. 346/7; b) por pedido del Señor Fiscal de Cámara, a fs. 385 se ordenó el libramiento de diversos oficios, sólo contestados por la Academia Nacional de Medicina a fs. 414/7 y la Universidad del Salvador a fs. 435/48, y a fs. 452 se requirió la opinión del Cuerpo Médico Forense, expresada a fs. 453/65; c) por pedido de F. S. R. L., a fs. 401 se dispusieron nuevos oficios, contestados por la Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia a fs. 407/9 y por la Sociedad Argentina de Biología a fs. 419/25.

Las recurrentes objetan el fallo sosteniendo que contiene un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial, y en buena medida les asiste razón.

Como se desprende de los arts. 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha interpretado en forma invariable, la competencia propia del Poder Judicial, distinta de la acordada a los otros poderes del Estado, debe ejercerse en causas o casos concretos (Fallos, 242:353; 310:2342, entre muchos otros); y no puede ser excedida en las sentencias sin infringir aquellos preceptos y comprometer el principio de la división de poderes.

Ahora bien, en la especie sub iudice se advierte ese exceso. En efecto, el fallo apelado dispuso que hasta tanto se dicte la

legislación específica "toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades..., sea puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman..."; y de ese modo ha decidido sobre situaciones futuras que puedan derivar de las actividades que menciona, fijando una norma general a la que deberán someterse los implicados en ellas, como es el requerimiento de autorización judicial, lo cual es propio de la función legislativa y no de la función judicial, circumscripta -se reitera- a causa o casos concretos.

En consecuencia, frente a la pretensión deducida en autos, enderezada a "la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas" y encuadrable así -como bien lo señala el Señor Fiscal de Cámara- en el instituto previsto por el art. 234, inc. 3º del cód. procesal, el pronunciamiento del Tribunal sólo podrá referirse a situaciones existentes a la fecha en que se dicte en virtud de lo dispuesto por el art. 163, inc. 6º, segundo párrafo, del mismo código, y a los sujetos involucrados en ellas, individualizados o individualizables en la etapa de ejecución ya que esta contingencia no quita carácter actual y concreto al decisorio.

IV. El sostenido progreso de la ciencia y de la técnica en la época moderna, con sus enormes posibilidades de conocimiento, poder y bienestar pero también con los graves problemas que generan cuando ellas no son puestas al servicio del hombre y terminan por someterlo, se manifiesta hoy, particularmente, en sus aplicaciones al campo de la vida, en especial de la vida humana. Así lo evidencia el incesante desarrollo de la biología, entre otras disciplinas, permitiendo resultados inimaginables décadas atrás que suscitan no pocos dilemas de orden ético. Y vinculadas con ella, tales cuestiones se plantean con las técnicas de reproducción asistida, en especial la fecundación in vitro.

Sin duda, grandes son las posibilidades abiertas por estas técnicas en orden a la superación de la infertilidad humana, y grandes también, por ello mismo, las expectativas que generan. Pero no menos graves son los interrogantes morales que plantean, que han generado un amplio e inconcluso debate entre representantes de variadas disciplinas científicas y filosóficas y de confesiones religiosas.

Como muestra de la preocupación suscitada por tales cuestiones cabe recordar la existencia de conocidos informes, recomendaciones y pronunciamientos sobre el tema, fuera y dentro del país, postulando distintos criterios. Así, a modo de ejemplo, el "Informe Warnock", emitido en 1984 por el Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, a requerimiento del gobierno británico; el "Informe Palacios", producido en 1986 por la "Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas", constituido en el ámbito del Congreso de Diputados de España; el informe presentado en 1985, en Estrasburgo, por el Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences, constituido por el Consejo de Europa; y la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" dada en 1987 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica.

Entre nosotros, en 1995 la Academia Nacional de Medicina publicó una polémica comunicación en estos términos: "La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se deben promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre..." (Diario "La Nación", del 23 de septiembre de 1995; fs. 393).

V. Ciertamente, las complejas cuestiones científicas y filosóficas que suscita el empleo de las técnicas de fecundación in vitro escapan como tales a la competencia del Tribunal, cuyo pronunciamiento debe centrarse en las normas jurídicas que regulan el caso, considerando aquellas cuestiones sólo en la medida que la aplicación de estas normas lo requiera.

Ahora bien, tampoco en el plano jurídico las respuestas son sencillas ni pacíficas, como lo evidencia la pluralidad de posturas adoptadas con relación a los numerosos y trascendentes temas implicados.

Según los países, la legislación y la jurisprudencia extranjeras

poseen mayor o menor permisividad. En tal sentido puede mencionarse en Suecia la ley sobre fecundación artificial de 1984, la ley sobre fecundación in vitro de 1988 y las leyes 114 y 115 de 1991; en Noruega y Dinamarca sendas análogas de 1987; en España las leyes 35 y 42 de 1988; en Alemania la ley 745 sobre protección de embriones del 13-2-90; en Suiza el art. 29.4 de la Constitución Federal introducido en 1992; y en Francia las leyes 653 y 654 del 29-7-94. Y como precedentes jurisprudenciales de singular repercusión, los sentados por la Corte Federal de EE.UU. en los casos "Roe vs. Wade" del 23-1-73 (410, U.S. 113, 93 S.ct.705.35 L.ed.2a.147, 1973) y "Junior Lewis Davis vs. Mary Sue Davis", del 14-1-93 (JA, 1993-II-343); por el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana el 25-2-75; y por el Tribunal Constitucional de España el 11-4-85 (ED. 113-479), entre otros.

De ese modo, distintas son las soluciones dadas en esas leyes y precedentes a cuestiones tales como status jurídico del embrión, la fecundación homóloga o heteróloga, el número de embriones a implantar, su crioconservación, la experimentación y el destino de esos embriones, la maternidad subrogada, la filiación, etc.

En nuestro país no existe legislación específica sobre tales cuestiones. Se presentaron si numerosos proyectos legislativos, con diversidad de posturas, como en la legislación y jurisprudencias extranjeras. Y aunque la mayoría de ellos perdió finalmente estado parlamentario, evidencian la preocupación -y también las dificultades- que el tema suscita. Son -entre otros- los siguientes: N° 94/93 del Senador Lafferriere; N° 1374/93 de los Senadores Britos, Rivas y otros; N° 430/95 del Senador Rivas; N° 551/95 del Senador Britos; N° 628/95 del Senador Lafferriere; N° 1351/95 del Senador Martínez Almudévar; N° 1352 del Senador Avelín; N° 2053/96 del Senador Branda; N° 7/97, 57/97 y 267/97 del Senador Rivas; N° 165/97 del Senador Martínez Almudévar; N° 272/97 del Senador Villaverde; N° 453/97 del Senador Ulloa; N° 450/97 del Senador Storani; N° 867/97 del Senador Romero Feris; N° 3490/92 de los Diputados Orquín, Vicchi, Parente, González Gass, Gauna y Salvador; N° 2617/93 de los Diputados Ruckauf e Irribarne; N° 3758/93 de los Diputados Mendoza y Troyano; N° 4285/ del Diputado Algaba; N° 5284/94 del Diputado Orquín; N° 2071/95 del Diputado Mendoza; N° 4857/96 del Diputado Polo; N° 882/98 de la Diputada Martínez; N° 1257/98 de la Diputada Musa; N° 1944/98 del Diputado Cafiero; N° 3594/98 de los Diputados Camaño y Corchuelo Blasco; N° 7475/98 del Diputado Arias; N° 2841/99 del Diputado Lafferriere. Especial referencia merece el proyecto aprobado por la Honorable

Cámara de Senadores de la Nación el 2 de julio de 1997 (Orden del día 538-97).

Tampoco nuestros tribunales se han pronunciado sobre el tema. Lo han hecho en casos de aborto, pero no en supuestos planteados por la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que, más allá de remitir a ciertos temas comunes, plantean al derecho problemas específicos.

Por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, la cuestión planteada en autos debe examinarse y resolverse mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro sistema legal y de conformidad con los hechos que resultan de la causa.

VI. Según el art. 30 del cód. civil "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", y tratándose de las personas de existencia visible mencionadas en el art. 31, es claro que tales entes no son sino las personas humanas, y toda persona humana. "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible", expresa con amplitud el art. 51; criterio que, por lo demás, resulta acorde con nuestro régimen constitucional. En efecto, el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que enumera, y en ellos se reconoce los derechos a la persona humana, en razón de su dignidad propia, y a toda persona sin distinciones. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a "todos los hombres" (Preámbulo), a "todo ser humano" (art. I) y a "toda persona" (art. II y sigtes), y añade: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujetos de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales" (art. XVII); la Declaración Universal de Derechos Humanos alude a "todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo), a "todos los seres humanos" (art. I), a "toda persona" (art. 2º) y a "todo individuo" (art. 3º), y prescribe que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 6º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) habla del "hombre" y la "persona humana" (Preámbulo) y de "toda persona" (art. 4º y sigtes.), y dispone asimismo que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.

3°): y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona a la "persona humana" y al "ser humano" (Preámbulo), a "todos los individuos" y "toda persona" (art. 2°) y a los "hombres y mujeres" (art. 3°), reiterando -como en las anteriores convenciones- que "todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 16).

También es amplia la solución dada en el Código Civil al problema relativo al comienzo de las personas de existencia visible y su consecuente tutela legal, al reconocer como tales a las personas por nacer bajo la condición resolutoria que contempla el art. 74, y ello desde el momento de su concepción en el seno materno.

El art. 63 establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; explicado Vélez en la nota correspondiente: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar. El art. 22 del Cód. de Austria, dice: "Los hijos que aun no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". Lo mismo el Cód. de Louisiana, art. 29, y el de Prusia, Ira. parte, Tit.1, art. 10. Pero el Cód. de Chile, en el art. 74, dice: "Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?...". A su vez, el art. 70 es terminante en cuanto al inicio de la persona: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..."; criterio que, por lo demás, es concorde con la amplitud de citado art. 51, que al prescindir de "cualidades o accidentes" en la definición de la persona de existencia visible impone prescindir de determinaciones -o indeterminaciones, si se quiere- derivadas de los distintos momentos de su desarrollo.

Como es sabido, Vélez receptó en este punto la solución adoptada en el "Esbozo" de Freitas, quien se apartó del sistema general del derecho romano mantenido en diversas legislaciones de su tiempo, para el cual el nacimiento determinaba el comienzo de la persona. Se atuvo así al dato biológico, consistente en la presencia de un

nuevo ser en el seno de la madre, distinto de esta, fruto de la fecundación. Y al referirse a la "concepción" buscó la protección de la persona a partir de su estado inicial, incipiente, primario.

Otros artículos del Código Civil reafirman la solución comentada, a saber, el comienzo de la persona desde su concepción. Los arts. 3290 y 3733 acuerdan capacidad para suceder y para adquirir por testamento -respectivamente- al hijo concebido; y posee singular relevancia que el art. 264, en su texto actual, introducido por la ley 23.264, sancionada en 1985, defina 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".

Concuerda con ello, asimismo, el Código Penal. En efecto, el delito de aborto que contemplan los arts. 85, 86, 87 y 88 supone en la víctima el derecho a la vida y, de ese modo, su condición de persona con arreglo al art. 30 y demás citados del cód. civil. Y también -entre otras- la ley 17.418, cuyos arts. 143 y 145 incluyen entre los hijos beneficiarios del seguro de personas a "los concebidos" al tiempo de ocurrido el siniestro, y la ley 24.004 de ejercicio de la enfermería, cuyo art. 10, inc. b), ordena "respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte".

Pero no sólo las leyes del país adoptan la solución comentada. Desde el año 1994, también la Constitución Nacional. El art. 4º, inc.1º, de la ya mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece: "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". Y si bien la expresión "en general" puede restar carácter absoluto al criterio seguido, tal carácter resulta indiscutible si se considera que en virtud del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental también la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", "esto es, tal como...efectivamente rige en el ámbito internacional" (Fallos 318:514, consid. II), lo que impone tomar en cuenta la reservas y aclaraciones incluidas por nuestro país al ratificarla (Germán J. Bidart Campos, "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. IV - La reforma constitucional de 1994, Ediar, Bs.As., 1995, págs. 557/8; Antonio Boggiano, "Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos", Bs. As., 1995, págs.

103 y 121), y que, justamente, la ley 23.849 aprobó su ratificación con reservas y aclaraciones, entre otras la siguiente: "Con relación al art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...". Es indudable, pues, que en nuestro régimen constitucional la existencia del ser humano y de la persona, consecuentemente, comienza desde el momento de su concepción; no siendo ocioso destacar que dicho texto legal se refiere a la concepción sin circunscribirla, empero, a la que pueda producirse en el seno materno, como lo hacen los arts. 63 y 70 del cód. civil -aunque ya no el actual art. 264- redactados cuando aquella sólo era factible de este modo.

7En suma, lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción: y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno.

Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.

No sólo las leyes protegen el derecho a la vida al sancionar el homicidio, la instigación o ayuda al suicidio y el aborto. También la Constitución Nacional. Antes de la reforma de 1994, si bien no lo consagraba expresamente, lo hacía en forma implícita en el art. 33, entre los derechos no enumerados que allí se mencionan. Y luego de dicha reforma su reconocimiento es indiscutible, tal como resulta de los siguientes tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Carta Magna según su art. 75, inc. 22. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida..." (art. I); la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida..." (art. 3); la Convención

Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (art. 4) ; 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 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. II, incs. a,d); la Convención Internacional sobre 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; y la Convención sobre los Derechos del Niño: "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida", no siendo ocioso recordar que en virtud de los dispuesto por el citado precepto constitucional y la ley 23.849 debe entenderse por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción...".

Y análoga conclusión cabe en cuanto al derecho a la integridad personal, física y psíquica. En efecto, además de las leyes que de diversas maneras tienden a preservarlo, nuestra Constitución lo hace en forma explícita. El art. 18 incluye la abolición de "toda especie de tormento y azotes", y los tratados antes mencionados contienen normas semejantes. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. VII y IX); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7°); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. II, incs. b-c); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. b); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11.2.d y 12.2.); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 1° y siguientes); y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6°, inc. 2, 27 y 39).

Se reitera pues; 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. Tal la premisa desde la cual debe examinarse la situación planteada en

el caso sub iudice.

VII. Ello supuesto, es claro que todas aquellas teorías que de diversos modos solo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su concepción, resultan incompatibles con dicho ordenamiento.

Desde ya, las que lo hacen a partir del nacimiento, como las prevalecientes en el antiguo Derecho Romano. Y entre ellas -ciertamente- las actuales doctrinas que circunscriben ese reconocimiento a los ya nacidos en tanto alcancen y conserven cierto grado de desarrollo en sus capacidades mentales. Así, no todo ser humano es visto como persona, sino quienes por hallarse en posesión actual de su razón y conciencia de sí pueden considerarse moralmente autónomos. Entre sus exponentes más representativos se encuentran H. Tristram Engelhardt ("Los fundamentos de la bioética", Paidós, 2a edición) y Peter Singer ("Ética práctica", Cambridge University Press. 2a. edición, 1995). Este último distingue dos significados del término "ser humano": uno, biológico, "equivalente a miembro de la especie homo sapiens" otro, como "persona" en el sentido de ser racional y consciente de sí mismo" (pág. 109/10). Y luego de preguntarse si "¿tiene un valor especial la vida de un ser racional y consciente de sí mismo, a diferencia de un ser que es meramente sensible" (pág. 112), sostiene: "lo que sugiero es que acordemos no dar más valor a la vida del feto que a la vida de un animal no humano dado un nivel similar de racionalidad, conciencia de sí mismo, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera. Ya que ningún feto es persona, ningún feto tiene el mismo derecho a la vida que una persona" (pág. 187). Afirma también que "se debe admitir que estos argumentos se aplican tanto al recién nacido como al feto. Un bebé de una semana no es un ser racional y consciente de sí mismo, y existen muchos animales no humanos cuya racionalidad, conciencia de sí mismos, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera, exceden las de un bebé humano con una semana o un mes. Si el feto no tiene el mismo derecho a la vida que una persona, parece que el recién nacido tampoco, y la vida del recién nacido tiene menos valor para él que la vida de un cerdo, un perro, o un chimpancé para un animal no humano" (pág. 210). Y añade: "En este sentido Bentham tenía razón al describir el infanticidio como 'de una naturaleza que no da la más leve inquietud a la imaginación más tímida'" (op. cit., pág. 211).

Pero no solamente esas posturas extremas son incompatibles con

nuestro sistema legal. También aquellas que, aunque admitiendo la existencia de la persona por nacer, lo hacen a partir de distintos estadios de su gestación ulteriores a la implantación definitiva del embrión en el endometrio uterino -y de ese modo a su concepción- como son los caracterizados por la aparición de la denominada línea primitiva o surco neural y con ella los rudimentos del sistema nervioso, la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables -efectuándose así una analogía con la muerte cerebral-, o la conformación orgánica o morfológica del feto (Stella Maris Martínez, "Manipulación genética y Derecho Penal", Ed. Universidad, Bs. As., 1994, pág. 72 y sigtes. y sus citas).

Por el contrario, la cuestión dista de presentar esa claridad en lo concerniente al período previo al mencionado anidamiento, de especial importancia en la aplicación de las técnicas de fecundación asistida. En efecto, los conocimientos actuales de la biología muestran que el surgimiento del nuevo ser humano acontece en el marco de un complejo y dinámico proceso en el que se suceden distintos momentos; y las opiniones no son concordantes a la hora de precisar en cuál de esos momentos se produce ese acontecimiento o, si se quiere, la concepción de aquél.

De acuerdo con una conocida posición sólo cabe admitir la existencia del ser humano a partir de los primeros catorce días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno, convertido así en verdadero embrión. Hasta entonces, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona, arguyéndose en tal sentido que la comprobada existencia de gemelos monocigóticos que comparten un mismo genotipo y cuya separación sucede habitualmente en el momento de la implantación avala la eventualidad de esa división. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano pues, al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad.

Tal posición, sostenida -v.gr.- en los citados informes "Warnock", "Palacios" y del "Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences", así como por el conocido genetista Juan Ramón Lacadena ("Status del embrión previo a su implantación", en "La vida humana. Origen y desarrollo", Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1989), en autos encuentra respaldado en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología (fs. 419/25). En

el plano jurídico -en nuestro país- adhieren a ella Gloria Hilda Arson de Glimberg, "La libertad de procreación" (JA, 1989-IV-875); Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", 2ª ed., t. I, pág. 280, Hammurabi, Buenos Aires 1992; Stella Maris Martínez, op. cit.; Miguel A. De Dios, "El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida (Junior Lewiw Davis v. Mary Sue Davis)" (ED, 153-900); Andrés Gil Dominguez, "Límites punitivos a la procreación asistida" (JA, 1995-III-982); Santos Cifuentes, "Derechos personalísimos", 2ª ed., Astrea, Bs. As. 1995, n° 45, páags. 241 y sigtes.

Otro modo de ver las cosas conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado. Al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, la unión de ambos pronúcleos con la consiguiente unificación de la información genética, se estaría ante un nuevo ser distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de los veintitrés cromosomas maternos y los veintitrés cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos materno y paterno, determinaría la individualidad propia del nuevo ente y las reglas de su futuro desenvolvimiento, de modo que todo lo que cada hombre pueda llegar a ser está ya programado -en ese plano- por dicho código genético. A lo que no obsta la eventualidad de la segmentación del embrión en el supuesto de gemelos monocigóticos pues individualidad se opone a universalidad y no a divisibilidad, manteniéndose aquélla en el embrión mientras ésta no suceda y luego en los gemelos resultantes.

En esta línea se inscriben -entre otras- la opinión del no menos renombrado genetista Jeromé Lejeune ("La vida humana", ('IAFIC ed., Bs. As., 1982; "¿Qué es el embrión humano", Rialp, Madrid 1993), y en autos los informes producidos por la Academia Nacional de Medicina (fs. 414/17) y la Universidad del Salvador (fs. 440/5); así como el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar que "la unión del material genético de ambos progenitores que se produce durante la singamia, marca el inicio de una nueva vida con la potencialidad de generar un ser humano" (fs. 461).

A su vez, desde una óptica jurídica, un amplio sector de la doctrina nacional reconoce al embrión, desde ese momento, la condición de persona y por ende como sujeto de derecho. Así, entre otros, Jorge Adolfo Mazzinghi, "Breve reflexión sobre la fecundación in vitro" (LL., 1978-C-993); César P. Astigueta, "Algo más sobre el derecho a nacer" (ED, 117-421); Roberto L. Andorno,

"Fecundación in vitro y valor de la vida humana" (ED, 120-947), "El derecho a la vida: ¿cuándo comienza?" (ED, 131-904) y "La distinction juridique entre les personnes et les choses a l'epreuve des procréation artificielles", L.G.D.J., París 1996; Pedro Federico Hooft, "Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente" (ED, 124-685); Graciela Medina, "Genética y Derecho" (JA, 1989-IV-839); Silvana Chiapero de Bas y Victoria Tagle de Marrama, "La protección jurídica del embrión" (JA, 1989-IV-878); José Ignacio Cafferata, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino" (ED, 130-729); Pierre Kayser, "Documentos sobre el embrión humano y la procreación médicamente asistida" (JA, 1990-III-679); Atilio Aníbal Alterini, "Cuerpo humano. Persona y familia", en "Derecho de Familia", obra en homenaje a María Josefa Méndez Costa. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1990; Enrique Carlos Banchio, "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida" (LL, 1991-B-826); Eduardo Martín Quintana, "Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida" (ED, 147-847); y "Control judicial en la fecundación asistida" (ED, 163-229); Armando S. Andruet (h.), "El derecho frente a las amenazas contra la vida humana" (ED, 149-941); "La personalidad del que está por nacer" (ED, 140-961); Aldo Luis De Cunto, "Aborto y derechos humanos" (ED, 149-967); Luis Guillermo Blanco, "El 'preembrión humano'" (ED, 155-581); Claudia E. Baigorria y Néstor E. Solari, "El derecho a la vida en la Constitución Nacional" (LL, 1994-E-1167); Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, "Procreación humana artificial: un desafío bioético", Depalma, Buenos Aires 1995; Alberto Rodríguez Varela, "La persona antes de nacer" (ED, 163-972); Liliana A. Matozzo de Romualdi, "Por qué 'no al proyecto Laferriere-Storani de regulación de la 'fecundación asistida'?" (ED, 163-958); Carlos José Mosso, "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial" (ED, 167-959); Jorge Bustamante Alsina, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho" (LL, 1996-C-1015); y "Aspectos éticos jurídicos de la procreación humana artificial" (LL, 1997-D-1212); Domingo Cura Grassi, "Fecundación asistida y manipulación genética. Ciencia y conciencia" (LL, 1996-C-463); Rodolfo C. Barra, "Embriones expósitos" (LL, 1996-D-1271), "La procreación constitucional del derecho a la vida", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, y "El estatuto jurídico del embrión humano" (ED, del 19-10-99); Catalina Elsa Arias de Ronchietto, "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados" (ED, 182-1645).

Y bien, el Tribunal comparte en general los fundamentos en que se

sustenta esta interpretación, habida cuenta de su conformidad con nuestro derecho positivo. Al respecto cabe reiterar lo expuesto supra en orden a que en Código Civil el comienzo de la persona acontece con la concepción, buscando con ello su protección a partir de un estado inicial, incipiente, primario, solución reafirmada en las modificaciones introducidas por la ley 23.264 y en la reforma de nuestra Constitución Nacional, con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre Derechos del Niño, esta última con el alcance fijado en la ley ratificatoria 23.849; como también que resulta irrelevante que la concepción acontezca dentro o fuera del seno materno. Ciertamente, la relativa amplitud del término concepción no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registran los actuales conocimientos científicos- en el marco de un complejo y dinámico proceso. Pero el mismo Código Civil ofrece un criterio para responder a ese interrogante. Como ya se puntualizó, el art. 51 expresa que "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". Y aunque es obvio que al incluirse esta norma no se tuvo en miras la situación aquí examinada, sino otras vinculadas a personas ya nacidas y en función de sus rasgos morfológicos o simplemente de antiguas creencias sobre la existencia de monstruos o prodigios (Digesto, Lib. I, Tit. 5, L. 14: Partida 4a, Tit. 23, L.5), ello no obsta a que el criterio subyacente en dicho precepto pueda aplicarse en casos distintos, no previstos entonces. Por el contrario, una interpretación analógica del mismo conduce a esa solución (art. 16, Cód. cit.). Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier "signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes"; y no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, de suerte que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de "cualidades o accidentes", o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte.

Una consideración especial merece la situación del ovocito pronucleado, es decir -según caracterización del Cuerpo Médico Forense- el ovocito que poco después de haber sido penetrado por

el espermatozoide "demuestra la existencia de dos pronúcleos, uno aportado por la gameta femenina y otro por la masculina" (fs. 454/5).

Al respecto, aun entre quienes en el campo de la ciencia biológica reconocen en el embrión, luego de la singamia, la existencia de un nuevo ser humano, las opiniones no son uniformes tratándose de aquellos ovocitos: discrepancia que se advierte inclusive en estos autos. Pues mientras uno de los informes acompañados por la Universidad del Salvador (fs. 435/7) y el dictamen del Cuerpo Médico Forense (fs. 453/65) limitan al embrión aquel reconocimiento, otro de los informes producidos por dicha Universidad (fs. 440/5) y la Academia Nacional de Medicina (fs. 414/7) lo extienden al ovocito pronucleado. Hay así en el campo de la ciencia -y también en la filosofía- controversia sobre el tema; y controversia inconclusa, por lo demás, ya que los vertiginosos avances producidos en la biogenética impiden tener a sus actuales conocimientos como una última palabra y descartar futuros esclarecimientos en torno a las relaciones y procesos que acontecen en el ovocito pronucleado.

Tal estado de la cuestión incide naturalmente en las posturas jurídicas. Entre los autores ya citados desconoce la condición de persona al ovocito pronucleado Aldo De Cunto (op. cit.); admitiéndola en cambio Luis Guillermo Blanco (op. cit.), Carlos José Mosso (op. cit.), Rodolfo C. Barra (op. cit.), Roberto L. Andorno ("El derecho argentino ante los riesgos de cosificación de la persona en la fecundación in vitro"), en "El derecho frente a la fecundación artificial", Abaco, Buenos Aires 1997) y Catalina Elsa Arias de Ronchietto (op. cit.). También se inscribe en esta última posición el Señor Asesor de Menores de Cámara.

Ahora bien, sobre el punto el Tribunal comparte el criterioso dictamen del Señor Fiscal de Cámara. El mentado desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimida por los jueces. Y ello supuesto, las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente -concepción, signos característicos de humanidad- no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo, sin extremar indebidamente la analogía; pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subsiste

así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal.

Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea -se reitera- sino ante la duda de que suscita el no poder excluirlo con certidumbre. Lo cual, a su vez, en los hechos obliga a respetar su vida e integridad, como si fuera una persona, sujeto de esos derechos. Si en el orden especulativo la duda conduce a suspender el juicio, en el orden práctico, cuando no se trata de juzgar sino de obrar y cuando la opción es insoslayable, lo indicado es proceder de modo de preservar lo que sería un bien mayor -en el caso, la vida de personas- o al menos estar al mal menor postergando toda conducta que pudiera comprometer ese bien. Adviértase que si -por hipótesis- la duda se resolviera en términos que llevaran a reconocer en el ovocito pronucleado una persona, el hecho ilícito que significaría causarle un daño podría imputarse a título de culpa e inclusive -utilizando conceptos propios del Derecho Penal- de dolo eventual, ya que mediaría representación de la posibilidad de aquel ilícito y, aunque no se lo propusiera como tal, se asentaría a esa posibilidad para lograr otros fines.

VIII. Como quedó dicho en el apartado VI de la presente, 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 humanos a la vida y a la integridad personal, física y psíquica.

En tal sentido, no es ocioso recordar también el carácter fundamental del derecho a la vida, en tanto constituye una condición o presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios; carácter que, análogamente, cabe extender al derecho a la integridad personal, estrechamente ligado al anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado el derecho a la vida como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes" (Fallos, 302:1284) y el "primer derecho de la persona humana" (Fallos, 310:112). Se ha dicho también al respecto: "...cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al hombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe

religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la ciencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre" (CS, Fallos 316:479, voto de los Dres. Barra y Fayt, consid.12).

Ello supuesto, es claro que ninguna decisión que comprometa el derecho a la vida o a la integridad personal puede ampararse en el art. 19 de la Constitución Nacional, ya que trascendería el ámbito de las acciones privadas y afectaría a terceros. Por otra parte, aunque ambos derechos son relativos, como todos los demás derechos, de ello no se sigue que sobre los mismos puedan prevalecer derechos de menor jerarquía. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Mas aun tratándose de niños recuérdese: "todo ser humano desde el momento de su concepción..." -cuyo interés superior debe considerarse primordial in virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna.

Consecuentemente, en lo que atañe a la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal y al margen de otros problemas jurídicos que plantean posibles alternativas previas a la fecundación in

vitro -ajenas a dicho pronunciamiento-, una vez producida esta última y concebido el nuevo ser humano cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y los derechos antes mencionados, que son su consecuencia. Por cierto, no se trata de desconocer el derecho de los padres a procrear y al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, ni de los médicos a desempeñar su profesión y a trabajar, ni de las sociedades y asociaciones a comerciar y perseguir sus propios objetivos, ni de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica; derechos que, explícita o implícitamente, cuenta con claro sustento en los arts. 14, 19, 33 y concordantes de la Ley Fundamental. Se trata de que ninguno de estos derechos -también relativos, como todo derecho- puede ejercerse a costa del derecho a la vida y a la integridad de aquel nuevo ser.

Ahora bien, lo expuesto es sin duda aplicable al embrión no implantado, habida cuenta de su ya referida condición de persona y por ende de sujeto de derechos. Más también, en cierto modo, al ovocito pronucleado, equiparable a aquel -por las razones y con el alcance explicado- en cuanto a su tutela jurídica.

IX. Sin perjuicio de ser pública y notoria en el país la crioconservación de embriones y ovocitos pronucleados, según se desprende de frecuentes manifestaciones vertidas por profesionales y entidades vinculadas con los problemas de la fecundación in vitro, tal circunstancia consta además en autos. En efecto, el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción S.A. (CEGYR) informó a fs. 57 que "se realizan congelamientos de lo que técnicamente se llaman ovocitos pronucleados (cuando el espermatozoide penetró en el óvulo pero no se ha producido la unión de los cromosomas del padre y de la madre)". Y como se indicó al inicio, a fs. 346/7 luce la respuesta de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, acompañando la nota enviada el 5 de julio de 1995 a su Presidente por el Dr. Guillermo Marconi, Presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad (SAEF). Dice así: "De acuerdo a lo expresado ayer, le hago entrega de las cifras de embriones crioconservados: N° de embriones criopreservados: 1333. N° de pacientes que han criopreservado: 295. Promedio de embriones por paciente: 4,5. De esa cifra, 238 se encuentran preservados en forma de pronúcleos... Nota: Estas cifras pertenecen a los 7 centros que crioconservan" (fs. 346). Por lo demás, la criopreservación de ovocitos pronucleados es un hecho expresamente admitido en la expresión de agravios de fs. 289/305.

En consecuencia, con relación a esos embriones y ovocitos pronucleados, así como con relación a los que puedan existir crioconservados a la fecha de este pronunciamiento, el Tribunal considera necesario adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar su tutela jurídica en los términos ya puntualizados:

Primero: disponer que el Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como el registro de todo otro dato útil para tal individualización. Cabe destacar, al respecto, que al evaluar la factibilidad de esta medida se tienen en cuenta sendas resoluciones adoptadas por el Honorable Senado de la Nación, en términos similares (S-1637/96 y S-2166/97).

Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique sus destrucción o experimentación.

Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o del las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento.

Cuarto: encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo de marras, proceda a notificar el fallo a todos los interesados.

Quinto: comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos.

X. Asimismo y habida cuenta de lo dispuesto en el art. 2° de la ley 340, el Tribunal considera oportuno dirigirse al Señor Ministro de Justicia de la Nación a fin de hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.

Por ello y lo dictaminado en sentido concordante por el Señor Asesor de Menores de Cámara, se resuelve: 1°) modificar el pronunciamiento de fs. 119/121, aclarado a fs. 123, en los términos puntualizados precedentemente; 2°) disponer que el Señor Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha de este pronunciamiento en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización; 3°) prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción y experimentación; 4°) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con consentimiento del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento; 5°) encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo dispuesto, proceda a notificar el fallo a todos los interesados; 6°) comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos; 7°) hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordantes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las

diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida. Regístrese, notifíquese, ofíciase al Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Señores Ministros de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación acompañándoles copia íntegra del presente pronunciamiento y, fecho, devuélvase. El doctor Eduardo Leopoldo Fermé no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 100, RJN). Delfina M., Borda.- Julio M. Ojea Quintana.

FUENTES CITADAS

- 1 NAVARRO DEL VALLE, Hermes. El derecho a la vida y la constitucionalidad de la fecundación in vitro. 1º ed, San José, Costa Rica. Ediciones Promesa. 2001. pp 30-33.
- 2 CASTRO QUESADA, María y otra. Fecundación in vitro y transferencia embrionaria: contratación de la vida. U.C.R. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. 1997. pp 40-42.
- 3 MARTÍNEZ, Stella. Manipulación y Genética y derecho Penal. Buenos Aires. Argentina, Editorial Universidad. 1994. pp 29-31.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2000-02306. San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.
- 5 Sala I de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires. Buenos Aires, 3 de diciembre de 1999. [en línea] Página sobre Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Visitada el 12/02/08. Disponibe en: <http://bioetica.org/bioetica/>