

NATURALEZA HUMANA COMO CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO¹

REFLEXIONES EN TORNO AL RECIENTE PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMBRIONES HUMANOS.

Leonardo L. Pucheta²

SUMARIO: CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION. BIOLOGÍA Y DERECHO. PRINCIPIOS RECTORES EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: IGUALDAD ANTE LA LEY, NO DISCRIMINACIÓN E *IN DUBIO PRO HOMINE*. DERECHO A LA VIDA. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. DOBLE RÉGIMEN.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el marco del caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, en el que se discutían posibles “violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (...) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país”³.

En ese contexto, la Corte resolvió condenar a Costa Rica considerándolo “responsable de la vulneración de los artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁴. Asimismo, interpretó que el embrión en el estadio previo al de la implantación en el útero materno no es titular del derecho a la vida contenido en el artículo 4.1 de dicha Convención.

Lo resuelto por el alto tribunal genera ciertos interrogantes que procuraremos destacar a través de estas breves reflexiones. ¿Es adecuada la interpretación que la Corte Interamericana hace del texto de la Convención? ¿Logra la Corte establecer un sistema armónico de protección de los Derechos Humanos? ¿Cuál debe ser la relación entre las ciencias biológicas y el derecho? ¿Debe la Corte considerar fundamentos de orden político-ideológico?

¹ Este artículo fue publicado en “El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia” de la Universidad Católica Argentina, en su sección Política Criminal, el 23 de mayo de 2013, pág. 13 al 16.

² Abogado. Maestrando en Ética Biomédica. Miembro del Comité de Ética Clínica y del Comité de Ética en Investigación del Hospital Rivadavia. Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia.

³ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

⁴ Jorge Nicolás Lafferriere y María Inés Franck. El embrión invisibilizado ante los intereses de los adultos y los laboratorios biotecnológicos. La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección del embrión humano y la fecundación *in vitro*. 21 de diciembre de 2012. Disponible en línea en <http://centrodebioetica.org/2012/12/para-la-corte-interamericana-el-embrión-no-es-persona/>.

[Último acceso 31 de diciembre de 2012].

No pretendemos en esta oportunidad repetir nuestra postura respecto del momento del comienzo de la existencia de la persona humana y de su reconocimiento jurídico, sino más bien plantear las repercusiones de la decisión adoptada en el caso en cuestión e intentar deducir las consecuencias concretas para nuestro ordenamiento jurídico.

2. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA

“(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”⁵.

Introducirse en la compleja cuestión de la licitud de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) supone como primera medida analizar la normativa vigente a la luz de los principios rectores en materia de derechos humanos, pues en juego pareciera haber importantes bienes que el derecho pretende proteger. A nivel transnacional la norma cuya interpretación se torna ineludible es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente del artículo 4.1., el cual 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”⁶.

El problema fundamental se encuentra en el empleo de la expresión “en general”, la que ha dado lugar a profundas discusiones y a interpretaciones encontradas. Por un lado están quienes consideran que dicha fórmula fue empleada al solo fin de obtener mayor consenso y adhesiones entre los potenciales firmantes. Éstos minimizan sus alcances y sostienen que la norma debe interpretarse en sentido amplio, considerando que la protección de la vida es un imperativo absoluto para los firmantes. Por otro lado, algunos autores sostienen que al plantear la protección de la vida en esos términos se pretendía establecer un principio general y así, permitir a los Estados firmantes la posibilidad de legislar internamente realizando excepciones.

Mucho se ha escrito sobre la pertinencia de tal expresión y no pretendemos volver sobre el tema con las habituales construcciones argumentativas que finalmente logran erigirse como abstracciones absolutas destinadas exclusivamente a ser objeto de intercambios de opinión en ámbitos académicos y totalmente alejadas de los conflictos jurídicos concretos que deberían procurar solucionar.

¿Cómo debe interpretarse la norma? ¿Qué significa en términos reales y concretos cada una de las posturas antes destacadas?

Podríamos sintetizar las posibilidades en dos extremos opuestos: la tesis amplia, según la cual la expresión *en general* debiera considerarse como no escrita⁷ y de ese

⁵ Extraído del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en línea en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. [Último acceso: 31 de diciembre de 2012].

⁷ En una nota al pie del fallo se destaca: “La delegación de Brasil justificó su propuesta de eliminación considerando que “ésta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto”. Alegó que

modo, entender la protección del derecho a la vida como un imperativo absoluto para los Estados; y la tesis reducida, la que admite la existencia de excepciones a la protección general establecida. Del fallo surge:

"La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general"⁸.

Debemos tener presente que la Convención se enunció como un reconocimiento de los derechos esenciales del hombre, que "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los *atributos de la persona humana*, razón por la cual justifican una *protección internacional*"⁹. A pesar de ello, la Corte sostuvo que el embrión no puede ser entendido como persona en tanto la protección al derecho a la vida establecida en el artículo en cuestión tendría excepciones. Para el máximo tribunal en materia de DDHH el derecho a la vida no es absoluto, sino que es gradual y deberá ser protegido en función del grado de desarrollo del individuo.

Entonces, si la defensa de la vida es tan solo una regla general que puede ceder ante situaciones excepcionales, aquellos individuos que no encuadraran en tal principio general podrán no ser protegidos por el Estado, el que no tendrá obligación de defender sus derechos hasta que alcancen cierto grado de desarrollo. Como se advierte, el tribunal no cuestiona la existencia de un ente perteneciente a la especie humana (que eventualmente se implante en el útero materno, crezca y nazca) sino que establece un doble estándar en función de su desarrollo morfológico-funcional.

De todos modos, si lo antedicho no fuera suficientemente claro para comprender los alcances y las serias repercusiones de la interpretación reducida de la norma, consideramos que a la luz de las pautas interpretativas que ofrece el derecho internacional¹⁰ el tribunal podría haber encontrado argumentos jurídicos positivos para fallar en sentido contrario, protegiendo al ser humano en su fase primigenia de desarrollo.

"dicha cláusula podía provocar dudas que dificultarían no sólo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si prevaleciera [esta] redacción", y concluyó que "mejor sería así que fuera eliminada la cláusula 'en general desde el momento de la concepción', pues era materia que debía ser dejada a la legislación de cada país".

⁸ Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012. Considerando 264.

⁹ Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. [Último acceso: 28 de diciembre de 2012].

¹⁰ La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, por ejemplo, señala en su sección tercera (interpretación de los tratados): "31. *Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento*

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMBRIONES NO IMPLANTADOS

De fondo nos volvemos a encontrar con la clásica discusión en torno a la naturaleza jurídica de los embriones en su estadio previo al de la implantación en el endometrio, la cual ha generado un *debate entre los expertos en ética, filósofos, médicos, científicos, personal de la salud, público y legisladores*¹¹.

Conocemos las alternativas fundamentales, están quienes reconocen en tal entidad un sujeto de derechos fundados en la evidencia científica que avala la existencia de un ser humano distinto de los progenitores desde el momento de la fusión de los gametos, quienes niegan el carácter personal del embrión por diversos motivos y quienes no reconocen en aquel un sujeto de derecho, pero sí un bien jurídico digno de cierta protección.

Quienes niegan el carácter de persona del embrión no implantado emplea diversos argumentos, pero siempre comienzan por plantear dudas respecto de la certeza que brindan los estudios biológicos sobre la materia. Luego, en ausencia de datos científicos atendibles que logren fundar acabadamente su tesis, acuden a peligrosos razonamientos tales como el de la autoconciencia como factor determinante para la *aparición* de la persona.

*“Para la Filosofía, la personalidad -que es el atributo que define a la persona- se va forjando en la interacción con los otros, y supone una autoconciencia, un autorreconocimiento de la propia esencia humana, y la conciencia del mundo exterior que permite establecer un vínculo con el afuera”*¹².

De más está decir que la teoría enunciada resulta absolutamente carente de base científica. Por otro lado, su implementación bastaría para negar el carácter personal y en tal sentido, para anular la titularidad de derechos de quienes padeciesen patologías que impidieran el ejercicio de las potencias propiamente humanas o de los menores de edad hasta el cumplimiento del requisito señalado.

Como postura intermedia se ha argumentado que si bien el embrión no sería *persona*, la sola posibilidad de adquirir tal condición eventualmente, lo hace acreedor de cierto tratamiento especial y así, de protección jurídica.

formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

¹¹ Declaración sobre la investigación con células madre embrionarias de la Asociación Médica Mundial. MJ-LEG-25910-1-AR | LEG25910.

¹² CIRUZZI, María S. La selección embrionaria: cuando la Justicia prohíbe aquello legalmente permitido. 27-dic-2011. MJ-DOC-5654-AR | MJD5654.

“La potencialidad de algo para convertirse en persona humana ya es bastante meritorio como para otorgarle protección legal contra las tentativas livianas o frívolas de obstaculizar su natural continuidad fisiológica”¹³.

Tal como se enunció al principio, no pretendemos en esta oportunidad volver a analizar en profundidad tales posturas, sino más bien poner de manifiesto ciertas tensiones que surgen entre las disciplinas científicas cuyo particular objeto de estudio puede echar luz sobre la cuestión de fondo, y el derecho -en este caso- manifestado a través de la labor de los jueces.

Advertimos un uso de biología *a la carta*, según la cual cada cual puede afirmar o negar cualquier teoría aludiendo en abstracto a *la ciencia*. En una nota al pie el tribunal menciona que “se indicó que “[h]oy día hay poco consenso entre científicos, filósofos, eticistas y teólogos acerca del momento en que comienza la vida humana”. Así, basados nuevamente en la aparente falta de consenso científico sobre el momento exacto del comienzo de la existencia de la persona humana, la Corte sostuvo que “la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”¹⁴.

Ahora bien, si no hay consenso para determinar el momento de existencia de la persona, ¿de qué forma arriba a la conclusión de que tal suceso se da con la implantación? Entendemos, entonces, que la concepción dejaría de ser un fenómeno natural estudiado por las ciencias biológicas, sino un hecho jurídico no solo reconocido, sino también creado por el derecho. La persona comenzaría a existir cuando la norma, resultado de la negociación entre los estados parte, así lo estableciera, y si hubiera dudas respecto de su interpretación, cuando los jueces así lo consideraran.

4. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN E *IN DUBIO PRO HOMINE*

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*¹⁵.

*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*¹⁶.

*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*¹⁷.

Surge del fallo, entre otras cuestiones, que la prohibición de las TRHA constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia contenidos en el artículo 11 de la Convención. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las *víctimas*, en tanto que el Estado impidió el acceso a un tratamiento que hubiera permitido superar su situación de

¹³ CIRUZZI, María S. Op. Cit.

¹⁴ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012. Considerando N° 264.

¹⁵ Artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁶ Artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁷ Artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento “habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres”¹⁸.

Nos preguntamos entre qué extremos se da la relación de igualdad para la Corte. Parecieran deducirse del texto del fallo dos relaciones de igualdad que se verían afectadas por la prohibición de las técnicas de fecundación artificial, la primera entre personas fértiles y personas infértiles, y la segunda -un tanto más abstracta- entre hombres y mujeres.

Si se analiza cuidadosamente, se advierte que -en verdad- esos no son los extremos *enfrentados* en este aparente conflicto de derechos. No existe conflicto alguno entre individuos fértiles y quienes no pueden concebir naturalmente, y cuesta imaginar en la actualidad una pretensión fundada exclusivamente en el sexo de la contraparte.

Como vemos, entonces, semejantes conflictos fueron planteados en abstracto, pero desde ya, existe un conflicto real y concreto que el tribunal logra hacer desaparecer de un plumazo al no reconocer el carácter de persona a una de las partes. De esa forma, la Corte logra zafarse de la encrucijada que supone el reconocimiento de la única relación de igualdad que es vulnerada concretamente, la relación entre los embriones concebidos extracorpóreamente y quienes ordenaron las TRHA.

De todos modos, también podrían plantearse otros escenarios conflictivos que la Corte decidió no valorar ¿Acaso considera el tribunal que permanece intacta la relación de igualdad entre los embriones no implantados y otros más desarrollados? ¿Entre los primeros y fetos o personas ya nacidas?

Apoiado en el mismo principio de igualdad y no discriminación, la Corte opone a la protección que manda el artículo 4.1., el artículo 11 de la Convención Americana (Protección de la Honra y de la Dignidad), el cual expresa: “(...) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (...)”¹⁹.

Desde luego que, en el caso analizado, la prohibición contenida en el artículo citado cobra sentido en relación con los adultos que reuniendo los requisitos exigidos ordenaren la realización de TRHA, pues aquella solo cabría ante una injerencia en la vida privada de una *persona humana*. De acuerdo a las conclusiones de la Corte sí podrían haber injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de ciertos seres humanos *según su desarrollo*.

Por otro lado, sorprende la absoluta omisión del importante principio *in dubio pro homine*. De varios pasajes del fallo surge que el tribunal se ocupó de determinar el alcance de la interpretación literal de los términos “concepción”, “persona” y “ser humano”, arribando a la conclusión de que no se tenía certeza absoluta del momento exacto en que ocurre la concepción.

“La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el

¹⁸ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Introducción de la causa y objeto de la controversia).

¹⁹ Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero”²⁰.

De todas formas, a pesar de que no existiría un criterio uniforme respecto de la oportunidad de la concepción, la Corte resolvió en favor de una de las posturas señaladas, la que propone que tal fenómeno se da con la implantación en el útero materno. Se sigue de tal razonamiento que si no pudiera comprobarse la comisión de un delito, ante la duda, el juez penal debería aplicar una pena al reo, del mismo modo que ante un posible incumplimiento por parte del trabajador que no pudiera acreditarse fehacientemente, prosperaría el despido con justa causa ¿De qué otra forma podrían interpretarse los argumentos del tribunal?

5. EL DERECHO A LA VIDA ENTRE LA CIENCIA Y LA IDEOLOGÍA

El fallo pone en igualdad de condiciones a los argumentos provenientes de disciplinas científicas tales como el derecho, la filosofía y la teología, respecto de consideraciones de orden ideológico. De hecho sostiene que “en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional”²¹.

¿Deben los jueces basar sus decisiones en consideraciones de orden político? Tales consideraciones pueden ser entendidas como “argumentos basados en principios políticos que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales”²² o como “argumentos fundados en políticas públicas, que sostienen que una decisión dada debe promover alguna concepción de bienestar general o interés público”²³. Entendemos que la primera concepción es más cercana a una adecuada interpretación del sentido de lo *político*, por cuanto supondría una lectura profunda de las relaciones *humanas* y en tal sentido, políticas. La segunda, en cambio, la percibimos estrechamente vinculada a determinada afiliación partidaria o adhesión a la interpretación parcial de la realidad ofrecida por una ideología.

Lo cierto es que las diversas respuestas al interrogante planteado ocupan hoy un lugar central en el mundo del derecho. En ese contexto, Dworkin señala:

“(...) los jueces deben guiarse por sus convicciones políticas sólo cuando creen, de buena fe, que ellas tienen cabida en una interpretación general coherente de la cultura jurídica y política de la comunidad”.

“Un juez que acepta dicha limitación, y que tiene convicciones marxistas o anarquistas o que se inscriben en alguna tradición religiosa excéntrica, no puede

²⁰ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Considerando N° 180.

²¹ Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Consideraciones finales.

²² DWORKIN, Ronald. (2012) *Una cuestión de principios*. 1ra Edición. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. P. 17.

²³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit.

imponerlas a la comunidad calificándolas de ley, por más nobles o esclarecedoras que las considere, porque no le suministran el marco de interpretación coherente que necesita”²⁴.

Destacamos la coherencia como limitación lógica en el proceso de toma de decisión del juez y de cualquier funcionario público que debiera regular la conducta humana, ya sea creando normas jurídicas de alcance general o resolviendo planteos concretos.

Consideramos que dicha coherencia exige de los integrantes de cualquier tribunal total prescindencia de posturas basadas en concepciones ideológicas, pues éstas proponen lecturas reduccionistas de la realidad carentes de base científica y desconocen la evidencia y el discurso racional²⁵.

De todos modos es probable que dichos jueces en efecto adhieran a cierta ideología, pero reconocer esa posibilidad no implica -bajo ningún concepto- aceptar que aquella deba servir como base para fundar sus fallos. La ciencia, en cambio, ofrece un marco sólido y objetivo para encontrar soluciones a los conflictos planteados. La objetividad del fundamento de las sentencias judiciales luce trascendental en materia de derechos humanos y se torna imprescindible si se pretende lograr el respeto universal y uniforme de la dignidad del ser humano.

Entendemos que la correcta alusión al principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación favorecería la anhelada coherencia, por cuanto tal principio “ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”²⁶.

6. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Durante el 2012 la Comisión Bicameral designada al efecto estudió la reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. El proyecto, aunque sufrió modificaciones en el articulado que brevemente comentaremos, regula las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad subrogada y la fecundación post-mortem, entre otras complejas cuestiones que hemos analizado oportunamente. Si bien tales medidas no resultarían coherentes en una lectura integral del ordenamiento jurídico argentino, aquellas fueron apoyadas en un doble régimen de comienzo de la existencia de la persona. Al respecto el proyecto consigna:

"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

²⁴ DWORKIN, Ronald. Op. Cit.

²⁵ CASANOVA, Eduardo. El conocimiento académico ante la ideología. Disponible en línea en: <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/01.%20Casanova.pdf>>. Último acceso el 15/01/2013.

²⁶ CSJN, "Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud s/ amparo" (A. 1023 XLIII), sent. 07/12/2010.

El doble régimen que pretende instaurar el proyecto es a todas luces arbitrario y genera discriminaciones insalvables²⁷, y ha motivado un fuerte rechazo por parte de quienes presentaron sus observaciones durante las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral. En dicha oportunidad manifestamos:

“El doble régimen mencionado habilita una serie de medidas muy cuestionadas tanto a nivel nacional como internacional, que bajo ningún concepto responden al consenso que se anuncia originalmente, tal es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, el alquiler de vientres, la fecundación post mortem, la crioconservación de gametos y embriones y la donación, manipulación y eliminación de embriones, de seres humanos en su estadio primigenio de desarrollo”²⁸.

Señalamos nuestra preocupación por la ausencia de la motivación que semejante medida exigiría y aún más que las graves consecuencias que el doble estándar implica sean minimizadas a fin de legitimar la realización de prácticas tales como las TRHA.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

A modo de colofón, entendemos que el derecho no puede pretender regular las problemáticas bioéticas prescindiendo de los estudios científicos específicos pertinentes y mucho menos acudir a consideraciones tan subjetivas, mutables y endeblas como la ideología de las partes (o de los miembros del tribunal). Desde luego que por las características propias de la bioética y de las cuestiones que estudia, es necesario un enfoque y una metodología interdisciplinaria, pero ello no significa poner en pie de igualdad concepciones subjetivas y conocimientos científicamente comprobados, pues los últimos son -sin duda alguna- el ámbito de mayor objetividad en el conocimiento humano.

Por sus consecuencias prácticas el tema del comienzo de la existencia de la persona humana aparece evidentemente complejo. No obstante, consideramos que no lo es desde el punto de vista jurídico, en primer lugar debido a la numerosa bibliografía científica que avala la teoría del comienzo de la vida del ser humano desde el mismo momento de la unión de los gametos, y en segundo lugar por aplicación de los principios rectores en materia de DDHH, igualdad, no discriminación e *in dubio pro homine*.

Lamentablemente advertimos que la Corte no ha fallado de acuerdo a los avances científicos disponibles en la actualidad ni a los principios fundamentales del sistema internacional de DDHH, pero -desde ya- somos conscientes que en estos casos existen,

²⁷ Ver al respecto: “Las técnicas de fecundación artificial”, disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Fecundaci%C3%B3n-artificial.pdf>; “La reaparición de categorías de hijos”, disponible en línea en <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Categor%C3%ADas-de-hijos.pdf>; “El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el proyecto de Código Civil”, disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Derecho-a-la-identidad.pdf>; “El alquiler de vientre, una forma de explotación de la mujer y cosificación del niño”, disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Alquiler-de-vientres.pdf>; y “La fecundación post-mortem”, disponible en línea en: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Fecundaci%C3%B3n-post-mortem.pdf>.

²⁸ Transcripción taquigráfica de la ponencia ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, titulada “Insuficiente consenso social, doctrinario y académico en relación con las normas proyectadas sobre temas de bioética”. Disponible en línea en <http://ccycn.congreso.gov.ar/versiones/lamatanza/2012-17-10b.html>. [Último acceso: 01 de enero de 2013].

además de pretensiones muchas veces elogiadas y bien intencionadas, importantes intereses económicos²⁹ y cuestiones ideológicas y de política partidaria.

Estando en juego la real protección de los derechos humanos, la concreción de la justicia anhelada y el afianzamiento de ordenamientos jurídicos justos, la Corte interpretó el artículo 4.1. de la Convención de forma reducida, considerando el comienzo de la existencia de la persona (y, así, la naturaleza humana en general) como una construcción del derecho. Ciertamente alarma la posibilidad de que el derecho a la vida -y luego, todos los demás- pueda ser protegido de forma diferencial en atención al nivel de desarrollo del individuo. ¿Estamos sometidos al arbitrio de los poderosos? ¿El reconocimiento de los derechos que poseemos por el simple hecho de ser humanos depende exclusivamente de la voluntad política de turno? ¿Depende acaso de las negociaciones parlamentarias que eventualmente se traduzcan en legislación basadas en un aparente consenso social³⁰?

Cada vez se presenta con mayor claridad como la ausencia de un fundamento metafísico objetivo que dé validez universal y real eficacia al sistema de DDHH deja abierta la puerta a soluciones arbitrarias y que terminan desprotegiendo a los individuos más vulnerables.

En ese sentido, se ha señalado que “(...) solo una posición iusnaturalista (...) proporcionaría una base metafísica irrevocable para la protección y defensa de los proclamados derechos humanos (...), pues tales derechos existirían de un modo objetivo, y las instituciones sociales estarían obligadas a reconocerlos”³¹. Enseña Massini Correas que “es de este modo como esos derechos alcanzan un fundamento absoluto, que no depende de las manipulaciones de la conciencia o de la actividad lingüística de los sujetos, sino de un dato irrecusable: la personabilidad del hombre y su dignidad”³².

²⁹ Jorge Nicolás Lafferriere y María Inés Franck. Op. Cit.

³⁰ Como sostuvimos anteriormente, consideramos que no existe consenso social. De hecho, analizadas las ponencias que se presentaron ante la Comisión Bicameral para la Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, se sostuvo que 9 de cada 10 argentinos rechaza la reforma por restringir derechos a las personas concebidas mediante TRHA. Al respecto ver: http://issuu.com/frentejuven/docs/analisis_reforma_codigo_civil.

³¹ ZAVADIVKER, María Natalia. ¿Puede la sociobiología fundamentar la ética? En: ZAVADIVKER, Nicolás (2007) *La ética en la encrucijada*. Prometeo Libros Editorial. P. 81.

³² MASSINI CORREAS, Carlos I. (2005) *Filosofía del Derecho. Tomo I. El derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Segunda Edición. Buenos Aires. Lexis Nexis. P. 154.