

# Análisis sobre la protección jurídica al embrión y al feto humano en la República Argentina

**Resumen:** *¿legalizar el aborto o no? Esa es la gran pregunta que hoy discute gran parte de la sociedad. Muchos colocando detrás de la discusión una cuestión muy profunda en cuanto a qué es la vida humana, qué significa ser persona y si, en ese contexto, “los unos” podemos disponer libremente de la vida de “los otros”. De otro lado, hay quienes poseen una visión más práctica y utilitarista de la problemática y no desandan camino en cavilaciones, ateniéndose únicamente a la existencia de un problema y la búsqueda de una solución, cualquiera que ella sea, para lograr objetivos, quizá, menos elevados. En este contexto, y más allá del resultado del debate parlamentario, es interesante ahondar acerca de la protección que ofrece hoy día nuestro sistema de normas a ese nuevo ser que nuestro derecho llama “persona por nacer”. Para ello, y para evaluar cuáles son las otras alternativas por las que se deciden otros países del mundo para reglamentar la temática, debemos repasar las diferentes etapas biológicas del desarrollo del bebe dentro del útero materno e intentar estar abiertos*

*a las diferentes teorías y formas reguladoras de esta realidad.*

**Palabras Clave:** aborto - embrión - feto - vida - mujer - derechos - protección - útero - embarazo - vida - humano - nacimiento.

## 1. Introducción

El objeto del presente trabajo, tal como lo presenta su título, es efectuar un análisis de lo que ofrece la actual regulación normativa vinculada a la protección jurídica del embrión y del feto humano en la Argentina.

Para ello, va a ser necesario ahondar en otros aspectos más básicos que nos van a permitir avanzar en el examen propuesto, como por ejemplo respondernos las preguntas específicas acerca de: ¿qué es un embrión? ¿qué es un feto?, ¿cuál es el proceso que se debe producir para que biológicamente exista una nueva persona?, ¿qué es una persona en nuestro derecho, a partir de cuándo?, ¿el derecho posee normas que regulan y/o protegen la vida en germen?, de ser así, ¿a partir de qué momento específico lo hace y cómo?

En este mismo orden, también va a ser necesario, en ocasiones, aludir a otras

legislaciones que sí poseen alguna regulación en la materia, a fin de ampliar el campo de visión y extraer conclusiones que nos ayuden a situarnos en ese campo complejo.

Se debe aclarar que, pese a intentar efectuar un análisis lo más inclusivo posible desde todos los ángulos de regulación jurídica del germen humano en vida, la orientación del presente trabajo se encuentra direccionada, sobre todo, a desentrañar el papel que juega la rama del derecho penal en este asunto multifacético que, mire por donde se lo mire, denota siempre aristas de gran sensibilidad social, religiosa, política, cultural y filosófica.

Por otro lado, teniendo en cuenta el uso de terminología médica muy específica en la materia, se intentará brindar un desarrollo lo más completo y, a la vez, sencillo posible, haciendo uso de las herramientas que las ciencias naturales colocan a nuestra disposición.

### 2.1. El inicio

En la actualidad, a partir del mero razonamiento, y la ciencia así lo ha demostrado, se colige que la reproducción es un acontecimiento fundamental para la supervivencia de las

especies que pueblan la tierra. Una excepción a esa regla no es el caso de los seres humanos, quienes necesariamente, y mediante el proceso específico del coito logran mantenerse en el mundo, perviviendo a través de los años.

Ahora bien, el coito es la unión sexual, en nuestro caso, del hombre y la mujer, por medio de sus órganos genitales, a partir de lo cual se desatan una serie de eventos que, llegado el caso, pueden dar lugar a un proceso natural biológico que deriva en la creación de una nueva vida. Un nuevo ser, con motor y vida propias, distinto e independiente de sus progenitores. La reproducción humana “naturalmente” se da a partir de la penetración del órgano genital masculino (pene) dentro del órgano femenino (vagina), oportunidad en la que el hombre eyacula semen dentro del tracto genital de la mujer.

El semen, entre otras secreciones, contiene espermatozoides originados en los testículos. Los espermatozoides, o gametos masculinos, son las células responsables, junto con su par femenino –el óvulo o gametos femeninos– de llevar a cabo el proceso de fecundación –unión de ambas células– del que va a resultar el germen de la nueva vida.

Cómo se dijo, una vez liberados los espermatozoides en el tracto femenino, éstos avanzan por el útero hasta la parte externa de las “trompas de Falopio”, lugar en el que habitualmente se produce la fecundación. En ese contexto, el poder fecundante del espermatozoide puede variar de uno y tres días.

En cuanto a los gametos femeninos, hay que destacar que se generan dentro de los ovarios y, a diferencia de los gametos masculinos, su cantidad ya está definida desde el día del nacimiento de la mujer (entre 1,5 y 2 millones aprox.), por lo que su cantidad va disminuyendo a lo largo

de la vida, al tiempo que muy pocos alcanzan la madurez necesaria para ser fecundados (aprox. 480) y, efectivamente, aún menos lo serán.

En el transcurso del proceso de ovulación, el óvulo sale de alguno de los dos ovarios y se traslada hacia el útero a través de las trompas de Falopio, lugar destinado a que, como se advirtió previamente, se produzca el encuentro con espermatozoide para el proceso de fecundación.

## 2.2. Fecundación

Básicamente, la fecundación consiste en la unión del espermatozoide –*célula germinativa masculina*– y el óvulo –*célula germinativa femenina*–.

“... los elementos que se unen son simples células, cada una de las cuales se halla cerca de su muerte, pero por medio de su unión se forma un individuo rejuvenecido que constituye un eslabón en la eterna procesión de la vida”.<sup>1</sup>

En este proceso, en definitiva, lo que sucede es que el espermatozoide penetra el cuerpo del óvulo, activándolo y, por medio de la meiosis (proceso de división celular)<sup>2</sup>, dando lugar a las subsiguientes etapas de maduración del huevo que conforman.

Desde que el espermatozoide toma contacto directo con el cuerpo exterior del ovocito hasta que se producen las consecuencias más importantes del proceso hay una serie de pasos y condiciones que deben darse, en los que no tiene mayor importancia ahondar en este trabajo, ya que el resultado significativo se da en la singamia.

1. En “La protección jurídica del embrión”. Noemí G. de Rempel. Ed. Ediar. P. 32. : F.R. Lillie, citado por Rosenvaser, Eliseo B. Tratado de Obstetricia, op. Cit., p. 45.

2. f. Biol. Sucesión de dos divisiones celulares en la reproducción sexual de la que resultan cuatro células con el número de cromosomas reducido a la mitad Diccionario de lengua Española. Real Academia Española. 23a Ed.

## 2.3. Singamia y cigoto

La singamia, es cuando se produce la unión efectiva de los pronúcleos (núcleos) de los gametos, dando lugar a la creación del nuevo ser, que a partir de ese momento goza de una combinación genética completamente nueva, fruto de la combinación de los cromosomas de ambas células, que dan origen a un solo núcleo denominado diploide (*célula que contiene doble series de cromosomas*).

Hay que considerar que cada gameto, ya sea masculino o femenino, contiene la mitad de la carga cromosómica necesaria para la conformación de un nuevo ser humano, por lo que de la unión de ambas células sexuales va a surgir una nueva vida que contenga los 23 pares que caracterizan a la especie.

En ese momento se va a definir el sexo del embrión, el que va a estar sujeto al carácter del cromosoma aportado por el espermatozoide: tanto el ovocito como el espermatozoide poseen 22 autosomas y 1 cromosoma, pudiendo ser este último de carácter X o Y en el espermatozoide, mientras que en el ovocito siempre es X. Entonces, si el cromosoma aportado por el espermatozoide es Y el nuevo ser va a ser masculino (XY), y si el cromosoma es X, el embrión será femenino (XX).

Ahora bien, aproximadamente 12 horas después de iniciada la unión de los pronúcleos, la nueva célula comienza a dividirse mediante un proceso de mitosis<sup>3</sup>, produciendo que el huevo se componga de dos células, luego de cuatro, de ocho, etc., permitiendo su multiplicación y su sucesivo e incontenible desarrollo y crecimiento.

Entonces, el huevo comienza rápidamente a segmentarse en multiplicidad de células que originan lo que, por

3 Biol. División de la célula en la que, previa duplicación del material genético, cada célula hija recibe una dotación completa de cromosomas. Diccionario de lengua Española. Real Academia Española. 23a Ed.

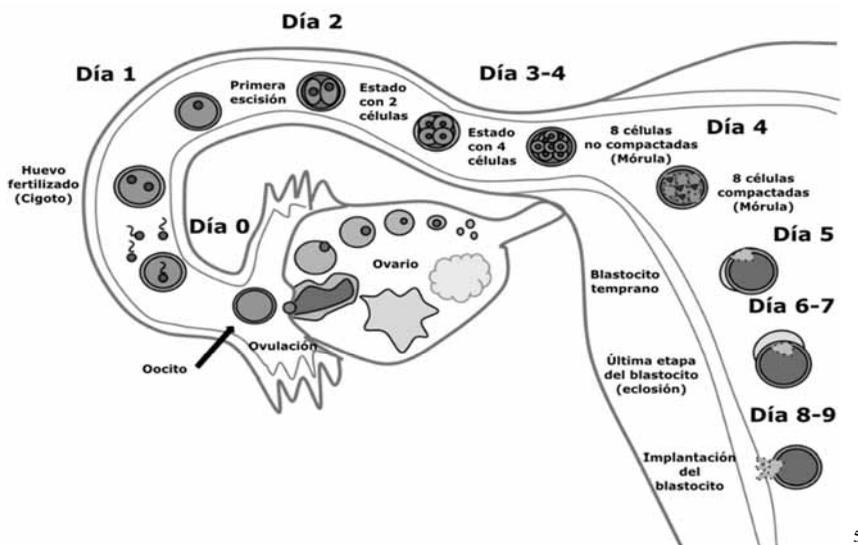
su semejanza al fruto de la mora, se denomina mórula. En ese estado, el cigoto ingresa en el útero. Muchos estiman que la singamia se produce como un efecto más dentro del proceso de la fecundación, ello pues, es el fin último y resultado de la penetración del espermatozoide en el ovocito.

#### 2.4. Implantación o anidación

A partir del día 5, y ya dentro de la cavidad uterina, la mórula se convierte en blastocito y comienza el proceso de anidación, el cual, por lo general, se da en el fondo del útero.

Tras el fenómeno denominado “eclosión del blastocito”, que se produce entre el día 6 y 7 desde que tuvo lugar la fecundación, el embrión busca implantarse en el útero (a partir del día 8), para lo cual resulta indispensable que entre en contacto directo con el endometrio<sup>4</sup> materno para interactuar, dando fin así a la etapa germinal.

La anidación del embrión, más allá de que todo lo que sucede hasta ese momento es fundamental para el avance del proceso de embriogénesis, resulta clave en el proceso de reproducción, ya que representa el momento de verdadera unión entre el nuevo ser y su madre, a través del útero. Lo que al mismo tiempo implica la necesidad de un endometrio receptivo y un blastocito competente.



#### 2.5. Etapa embrionaria u organogénesis

Luego de la anidación tiene lugar el desarrollo de las tres hojas embrionarias, es decir el ectodermo, el mesodermo y el endodermo. Esta “etapa embrionaria” tiene lugar entre la segunda y la octava semana pos fecundación, y culmina con la formación completa del embrión.

Involucra dos procesos: el de diferenciación y el de crecimiento.

El proceso de *diferenciación* el que se da cuando se conforman las aludidas capas embrionarias, distinguiéndose una de las otras, para generar los distintos órganos del organismo embrionario.

4 m. Anat. *Membrana mucosa que tapiza la cavidad uterina*. Diccionario Español de la Real Academia Española. 23ª edición.

5 Diagrama de la fertilización humana. 23 December 2015. Commons: File:Human Fertilization.png. Ttrue12 De la traducción Ortisa. [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Human\\_Fertilization-es.png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Human_Fertilization-es.png)

Así, el desarrollo de cada una de las hojas aludidas tendrá como consecuencia la formación de un tejido, órgano o sistema definido del cuerpo, que será vital para la vida del ser, tanto dentro como fuera del cuerpo de su madre.

Alrededor del día 14 pos fecundación, se forma la “línea primitiva” (eje céfalo caudal) que es fundamental como centro del crecimiento del embrión, y que luego derivará en la formación de la placa neural, cuyo desarrollo traerá aparejada la formación del sistema nervioso central.

En cuanto al proceso de *crecimiento*, es el que se inicia una vez conformados los tejidos y órganos del cuerpo debido a la división celular, permitiendo el aumento de su tamaño y su desarrollo para un correcto funcionamiento.

#### 2.6. Etapa fetal

Se extiende desde la novena semana pos fecundación hasta la terminación del embarazo que tiene lugar con el nacimiento del feto.

En este período el embrión devenido en feto ya se encuentra totalmente conformado, restándole únicamente crecer y ganar peso y volumen para que los diferentes órganos de su cuerpo adquieran funcionalidad, de cara a su nacimiento y vida fuera del útero materno.

Con lo dicho hasta aquí, ha quedado bastante claro, para lo que este trabajo pretende analizar, cuál es el proceso de formación de un embrión humano, cuál el de su desarrollo hasta convertirse en feto, y su posterior crecimiento para nacer.

No obstante, y pese a que el desarrollo del proceso biológico se conoce en forma relativamente acabada, hay distintas formas de definir al embrión según de donde provenga la fuente y dónde ésta ponga el énfasis. Ello es solo el inicio de una problemática que, debido a la falta general de consenso, va a encontrar sus principales consecuencias en la regulación –o desregulación– que se quiera llevar a cabo

en cuanto la determinación del inicio de la vida humana, su protección y la determinación del estatus jurídico del embrión.

Algunas de las definiciones que se proponen son las siguientes:

*"Del gr. ἔμβρυον émbryon. 1. m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. 2. m. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo."*<sup>6</sup>

*"...organismo en desarrollo desde su iniciación en el huevo... hasta que se han desarrollado todos sus órganos"*<sup>7</sup>

*"...entidad que se encuentra en su estadio temprano de desarrollo con menos de ocho semanas de gestación"*<sup>8</sup>

*"...un embrión humano es una entidad discreta que ha provenido de alguna de las dos siguientes opciones: 1) la primera división mitótica cuando se ha completado la fertilización de un ovocito humano por un espermatozoide, o 2) cualquier otro proceso que inicie el desarrollo organizado de una entidad biológica con un genoma nuclear humano o un genoma nuclear humano alterado que tenga el potencial de desarrollar, hasta o más allá del estado en el cual aparezca la cresta primitiva, y que no haya llegado aún a las 8 semanas de desarrollo desde la primera división mitótica"*<sup>9</sup>

6 Diccionario Español de la Real Academia Española. 23a Ed.

7 Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe, Madrid, 1992.

8 Mac Graw- Hill Dictionary Of Scientific and Technicals Terms, 6a ed., E. Geller et al. (editor), New York, Mac Graw- Hill Book Company, 2003.

9 Findlay, J.K. y Gear, M.L., "Embrión humano: una definición biológica" en Revista de endocrinología ginecológica y reproductiva, vol. 22, nro. 4, pp.905-911.

### 3. Teorías científicas sobre el inicio de la vida humana

Como bien se dijo anteriormente, no cabe la menor duda acerca de cuáles son las etapas que biológicamente se van dando en el proceso embrionario y que va a tener como resultado el nacimiento de una nueva persona.

Sin embargo, la disyuntiva surge cuando se trata de buscar un punto en esa larga sucesión de procesos, en el cual se pueda decir, en forma unificada y objetiva: "a partir de aquí, hay un ser humano", y en consecuencia, corresponde adoptar todas las medidas necesarias para que éste sea valorado, respetado y protegido. No solo en forma voluntaria por la comunidad científica y la sociedad en general, sino también por la ley, quien es la encargada de garantizar, de corresponder, esa protección.

1. La teoría primigenia, sostenida principalmente por la Iglesia Católica Apostólica Romana, sitúa el comienzo de la vida humana a partir del momento de la fecundación, es decir, cuando se da la unión del óvulo y del espermatozoide formando el cigoto, sin ser necesario que se haya producido la unión de los respectivos pronúcleos. La doctrina de la Iglesia, a través de la Instrucción *Donum Vitae*, del 22 de febrero de 1987 y luego mantenida en la Instrucción *Dignitas Personae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, fechada el 8 de septiembre de 2008, tiene dicho que *"Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar"* (...). *Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el caso de que fuese necesario, por los recientes avances de la biología humana, la cual reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano. Por tanto, el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es*

*decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida."*<sup>10</sup>

Esta posición podría ser criticada, y de hecho lo es, por aquellos que opinan que significa adelantar la conformación de un nuevo individuo cuando aún ni siquiera se ha producido la unión de los pronúcleos y, con ello, la formación de una nueva combinación genética. Sin embargo, se debe tener presente que así como con ese argumento se intenta retrasar levemente en el tiempo el reconocimiento del nuevo ser en germen, esgrimiendo los motivos que se verán a continuación, se intenta utilizar otros puntos de vista para retardarlo aún más, llegando hasta los puntos más extremos. 2. La teoría que sigue, en cuanto al reconocimiento más temprano de la vida del embrión, es la denominada biologicista o genetista. Esta teoría tiene como hecho fundamental la producción de la *singamia*, momento en el cual se lleva a cabo, como se explicó oportunamente, la fusión de los pronúcleos de los gametos femenino y masculino, y la nueva combinación genética única y original que da germen a la nueva vida.

Este es el criterio que apoyan algunas legislaciones denominadas "restrictivas", como la alemana, que tienen en cuenta que el ADN de la nueva criatura ya está plasmado en todas y cada una de sus células, las que se van multiplicando con el correr de las horas, ya se encuentra definido su sexo y el cigoto posee pleno potencial de desarrollo.

10 [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html#\\_ftn25](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html#_ftn25)

Por estas razones, a partir de este momento consideran que se ha conformado el embrión y promueven su protección. Nótese, sin embargo, que los analistas han decidido llamar a esta teoría “restrictiva” cuando, en rigor de verdad, promueve la “amplia” protección del nuevo individuo, desde los primeros momentos de su conformación y definición genética. Examinando su denominación desde este punto de vista, deberíamos preguntarnos si las restricciones a las que se aluden con el nombre de la teoría no hacen referencia a las limitaciones de los deseos de quienes procuran desconocer el estatus del embrión, o de su constitución como ser diferenciado digno de respeto y protección.

Esta situación resulta si no incomprensible, sospechosa, puesto que en el marco de lo que se viene desarrollando hasta aquí el foco de análisis es el embrión y no las personas ya nacidas, por lo que a la hora de elegir una denominación para caracterizar una teoría debería tenerse en cuenta el objeto de estudio (el embrión) y no cómo afecta en menor o mayor medida de los terceros interesados.

Ahora bien, destáquese al respecto que los críticos de esta teoría afirman que el cigoto se trata solo de un cúmulo de células que potencialmente pueden desarrollar un nuevo individuo, pero que también pueden desarrollarse más de uno (gemelos), o generar un tumor, una mola hidatiforme<sup>11</sup> o un coriocarcinoma<sup>12</sup>.

11 Es una masa o tumor poco común que se forma en el interior del útero al comienzo de un embarazo. Es un tipo de enfermedad trofoblástica gestacional (ETG). **Causas:** Una mola hidatiforme, o un embarazo molar, es el resultado de la fertilización anormal de un ovocito (ovario). Que resulta en un feto anormal. La placenta crece normalmente con poco o ningún crecimiento del tejido fetal. El tejido de la placenta forma una masa en el útero. Generalmente, en el ultrasonido, esta masa muestra una apariencia de mora ya que contiene muchos quistes pequeños. U.S. National Library of Medicine. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000909.htm>

12 Es un cáncer de crecimiento rápido que ocurre en el útero (matriz) de una mujer. Las células anormales empiezan en el tejido que normalmente se convertiría en placenta. Este es el órgano que se desarrolla durante el embarazo para alimentar el feto. El coriocarcinoma es un tipo de enfermedad trofoblástica gestacional. **Causas:** El coriocarcinoma es un cáncer raro que ocurre durante el embarazo. Un bebé puede o no desarrollarse en este tipo de embarazo. El cáncer puede ocurrir después de un embarazo normal; sin embargo, casi siempre se presenta con una mola hidatiforme completa. Esta es una masa que se forma en el interior del útero al comienzo del embarazo. El tejido anormal de la mola puede continuar creciendo incluso después de ser extirpado y puede convertirse en cáncer. Casi la mitad de todas las mujeres con un coriocarcinoma tuvo una mola hidatiforme o embarazo molar. Los coriocarcinomas también pueden ocurrir después de un embarazo precoz que no continúa (aborto espontáneo). También pueden presentarse después de un embarazo

Lo dicho en el párrafo anterior, en cuanto a las eventuales anomalías en el desarrollo del embrión, en nada justifican su descarte como nueva vida y entidad digna de respeto, puesto que con ese criterio toda vida humana, sin importar su condición, sería pasible de ser envilecida ante la posibilidad de sufrir una enfermedad, o afección.

3. Luego viene la postura que sostiene que el inicio de la vida humana inicia con la anidación del blastocito en el útero, lo que se da entre el día 8 y 9, contando desde la fecundación. A partir de ese momento comienza una verdadera interrelación en embrión y el útero de la madre, lo que permitirá que el primero adquiera todos los elementos necesarios para su desarrollo y crecimiento.

También, según esta teoría, es a partir de la implantación del embrión en el útero que se podría decir que la madre se encuentra embarazada, puesto que es a partir de este momento que se comienzan a producir cambios en el cuerpo de la mujer: comienza a generar la hormona denominada “gonadotropina coriónica humana” (conocida también como GCH o hCG), la cual se advierte únicamente cuando un embrión se encuentra implantado en el útero materno.

Se dice que, así como la fecundación y la singamia son acontecimientos propios de los gametos involucrados, produciendo efectos causados por su misma existencia, la anidación es un “acontecimiento de la mujer”, pues allí es donde se iniciarán los cambios en su cuerpo, comenzando por la generación de la aludida hormona, y prosiguiendo con los que ulteriormente sobrevendrán, producto de la permanente interacción entre con la nueva vida.

Con la implantación, la mujer recibe y acepta a otro ser vivo dentro de su mismo cuerpo, sin activar su sistema inmunológico lo que, en su caso, podría dar lugar a su rechazo con el consiguiente perjuicio para el embrión, que significaría su fin. Además, antes de este estadio sería imposible determinar químicamente si en el interior del cuerpo de la mujer se produjo la fecundación del óvulo.

Esta postura es la que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” en el mes de noviembre de 2012, el cual será analizado luego.

No obstante, las críticas más fundadas se centran en la postergación del reconocimiento del embrión como germen humano, y en el desconocimiento de vida en los estados precedentes, que son condición necesaria para que se dé el proceso de implantación.

Asimismo, el argumento de que gran número de blastocitos no logran implantarse, en modo alguno justifica su descarte ni desconsideración en los términos de “vida” puesto que hasta el momento de ingresar al útero y producirse los

ectópico o un tumor genital. U.S. National Library of Medicine, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001496.htm>.

cambios que permitirán su anidación no se sabe si será viable o no. La interrupción del proceso con anterioridad, en todo caso, decidirá que la anidación no será viable, echando por tierra arbitraria y prematuramente toda posibilidad gestacional.

4. Ubicada en un reconocimiento aún más tardío, la siguiente teoría está fundamentada en que no es posible referirse a un nuevo individuo hasta tanto el embrión deje de ser un conjunto de células y tenga conformado el tubo neural, que es el inicio de lo que con posterioridad se definirá como el sistema nervioso. La mayoría de los especialistas sitúan este momento en el día 15 pos fecundación que coincide con el fin de la etapa de la implantación y con la formación de la vena primigenia o línea primitiva que, como se dijo mas arriba, es la base de la formación de las tres hojas embrionarias.

La postura fue seguida por la comisión Warnok, creada en el Reino Unido a fin de regular la cuestión del tratamiento del embrión.

Para fundamentar la devaluación de la vida previo a esta etapa, crearon el concepto de “pre-embrión”, que sería el nuevo ser desde el momento de la unión de los gametos hasta antes de la formación de la cresta neural, a partir de donde sí pasaría a llamarse embrión, ganando los atributos propios que hacen que se le deba protección.<sup>13</sup>

13 El **tubo neural** es una estructura presente en el embrión, del que se origina el sistema nervioso central. De forma cilíndrica, el tubo neural se deriva de una región específica del ectodermo llamada *placa neural*, la que aparece al inicio de la tercera semana de la concepción por medio de un proceso llamado neurulación. Inmediatamente sobre la notocorda, el ectodermo se engruesa para formar la placa neural. Los bordes de esta placa sobresalen, se pliegan y se unen por encima formando un largo tubo: el tubo neural. Este tubo da lugar a la mayor parte del sistema nervioso, anteriormente se ensancha y se diferencia en el encéfalo

5. La última y más exagerada de las teorías apunta el inicio de la vida con la aparición de la actividad eléctrica en el cerebro del embrión, la que se puede constatar a partir de la octava semana post fecundación.

Esta comprobación se efectuó en una investigación realizadas con bebés abortados por cesárea a los cuales, mientras aún permanecían con vida, se les midió la respuesta encefálica ante estímulos, no encontrando reacción en aquellos menores a 8,5 semanas.

Los defensores de esta teoría asumen que así como la ausencia de actividad encefálica es signo cierto del final de la vida, su inicio también debe tenerse por cierto a partir de que aquella comienza. Ello se condice con el criterio legislado en varios países, que tiene incidencia directa en el final de la protección jurídica a la vida humana.

Las críticas, más allá de tildarla de extrema en cuanto a la desprotección del embrión en un estadio tan avanzado de su desarrollo- recordemos que a los tres meses el embrión ya se convierte en feto- deslegitiman la versión esgrimiendo que la falta de actividad encefálica es solo un punto de no retorno, un estado de irreversibilidad a la situación anterior en la que se encontraba es sujeto, mientras que, en el embrión, esa actividad eléctrica es solo uno paso más en el marco del proceso de desarrollo que culminará con el nacimiento de la nueva criatura.

y los nervios craneales; posteriormente forma la médula espinal y los nervios motores. La mayor parte del SNP deriva de las células de la cresta neural, que emigran antes de que el tubo neural se cierre. En la cresta neural se originan los nervios craneales, células de pigmento, cartílago y huesos de la mayor parte del cráneo, incluidas las mandíbulas, ganglios del SNA, médula de las glándulas adrenales. En [https://es.wikipedia.org/wiki/Tubo\\_neural](https://es.wikipedia.org/wiki/Tubo_neural). Felten David L. & Shetty Anil N. (2010). «Atlas de Neurociencia». *El Sevier España*, S.L. pp. 116-120.

Con el análisis comparativo llevado a cabo hasta aquí, en cuanto a las diferentes teorías que existen, queda evidenciado que más allá de que el proceso de embriología es único y se conoce bastante bien su desarrollo, las voces que tras su ponderación ponen el punto inicial de la vida en un momento o en otro son variadas y no pacíficas.

Como puede colegirse, dependiendo de la postura que se adopte en torno al tema, la seguridad de la vida embrionaria va a verse más o menos afectada. Lo mismo va a pasar con los intereses que hay en juego detrás de esa nueva vida, muchos de los cuales se encuentran a la expectativa por diferentes motivos, algunos legítimos y otros no, o sí, dependiendo de la postura arrogada.

No es ocioso destacar, nuevamente, que los intereses de los terceros en el tema son aquellos que han condicionado que las teorías científicas acerca de la existencia del embrión se llamen “restrictivas” o “amplias”, ya que éstas tienen en cuenta la limitación de sus “derechos/deseos” más que la protección de los de la nueva vida.

Así, la ley alemana, que protege al embrión desde la conformación del cigoto, sería una ley restrictiva, mientras que la de Gran Bretaña sería amplia, ya que utiliza el concepto de pre-embrión antes del día 15 y prevé su utilización de distintas formas y prácticas para sosegar las ansias de los más avisados investigadores, entre otros.

En este sentido, es interesante mencionar algunas de las problemáticas en juego a la hora de definir el inicio de la vida humana, lo que nos servirá para entender el porqué de tantas disidencias en la materia:

a. La regulación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), que pueden ser clasificadas como de baja o alta complejidad, según no se disponga la utilización del laboratorio de embriología o sí se precise su uso.

Mencionaremos someramente algunas de ellas:

*Inseminación artificial:*

Es la metodología más antigua y consiste en la colocación de espermatozoides dentro de la cavidad uterina a fin de provocar el encuentro *in utero* de los gametos (fecundación). Será homóloga si se utiliza el material genético del marido y heteróloga si se utiliza el de un tercero.

Con esta modalidad se comenzó a discutir la cuestión en términos éticos y morales dado que además de la posibilidad de llevar a cabo la inseminación mencionada en el párrafo anterior, también se puede efectuar con la utilización del semen *pos mortem*, con el de un donante anónimo o conocido, en una mujer sin pareja o en una pareja homosexual.

*Transferencia Intratubaria de Gametos. GIFT, en sus siglas en inglés:*

Consiste, básicamente, en la obtención de los gametos para luego transferirlos inmediatamente mediante la utilización de cánulas, a una o ambas Trompas de Falopio para que allí se produzca la fecundación.

*Fertilización “in vitro”:*

Es el embrión creado en el laboratorio, en manos de los médicos o biólogos.

En resumidas cuentas, se trata de llevar a cabo, primeramente, la estimulación ovárica y, en general, masturbación para obtener los respectivos gametos (en la mayoría de los casos se cuenta con varios ovocitos y con, al menos, 250.000 espermatozoides por huevo).

Luego, se preparan los gametos en el laboratorio, donde se lleva a cabo la fecundación, depositando ambos tipos de células en un recipiente de cultivo en condiciones óptimas para que se produzca el proceso.

Entre las 16 y las 18 horas posinseminación comienza la fase del desarrollo embrionario, donde se verifica si hubo fecundación. Si ésta fue anormal, el material se descarta. Para que sea normal se deben divisar los dos pronúcleos

y debe haber culminado la meiosis oocitaria.

A partir de ese momento, es decir, con el huevo en estado de pronúcleo, se puede proceder a la transferencia del material a la trompa, se lo puede crioconservar para su posterior disposición o descartar. Si pasan unas horas más, se producirá la singamia.

La transferencia se podrá realizar a las trompas o al útero hasta el estado de blastocito, ya para su implantación.

*Micro inyección intracitoplasmática del espermatozoide. ICSI, en sus siglas en inglés:*

Consiste en la inserción mecánica de un espermatozoide seleccionado en el citoplasma del ovocito para que se produzca la fecundación, luego de lo cual se realiza la transferencia. Es para solucionar la infertilidad masculina.

*Vitrificación de ovocitos:*

Técnica utilizada para alcanzar la mayor supervivencia de los ovocitos previamente extraídos y crioconservados.

*Criopreservación de ovocitos pronucleados y de embriones mediante congelamiento lento o vitrificación:*

Por este procedimiento las células y o tejidos son criopreservados a (-) 196° C para disminuir sus funciones vitales al mínimo posible para mantenerlo en ese estado por un tiempo de vida prolongado y aún no determinado.

El primer embarazo exitoso con un embrión previamente críoconservado se llevó a cabo en 1983.<sup>14</sup>

- b. Con lo dicho en el punto a, se advierte el surgimiento de un mercado reproductivo que no se limita únicamente a la dación de gametos, sino también, como se planteó en las técnicas de reproducción humana asistida, a la de embriones.
- c. La importación y exportación de embriones humanos, producto de creciente regulación mundial,

14 <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/congelacion-de-embriones-criotransferencia/>

como la ley alemana de 200215 y los Lineamientos de los “*National Institutes of Health- NIH*” de los Estados Unidos en el año 200916.

- d. La pretensión de concebir embriones con fines comerciales o de investigación biotecnológica.
- e. La utilización para fines comerciales o biotecnológicos de los embriones sobrantes, congelados y abandonados, o bien destinados a esos fines por quienes encargaron su concepción.
- f. La patentabilidad de embriones o invenciones que implican destrucción de embriones;
- g. Estudios genéticos que permiten predecir enfermedades y la consiguiente presión de las obras sociales y empresas de medicina prepaga para la selección de embriones “aptos” y descarte de los “sobrantes”, con presión adicional sobre médicos y profesionales de la salud.
- h. Los intentos de selección genética de las características deseadas de la descendencia, a través de la selección de gametos o bien de la selección de embriones que reúnan ciertas condiciones genéticas buscadas por los que encargan la técnica.
- i. La posibilidad de transferir los embriones crioconservados a la mujer a la que pertenecen o a otra, con gametos masculinos de su misma pareja o de un tercero conocido o no y la maternidad por subrogación.
- j. La transferencia “pos mortem” de los genitores, y la regulación del consentimiento en cuanto a los embriones sobrantes.

15 Ley de Garantía de Protección del Embrión, del 28 de junio de 2002.

16 La misión de los NIH es buscar conocimientos fundamentales sobre la naturaleza y el comportamiento de los sistemas vivos y la aplicación de ese conocimiento para mejorar la salud, prolongar la vida y reducir las enfermedades y la discapacidad. <https://salud.nih.gov/sobre-los-nih/mision-y-objetivos/>

- k. La producción de los métodos anticonceptivos, su distribución, comercialización y promoción, y su inclusión o no en los temarios educativos.
- l. La regulación jurídica del aborto.

#### 4. El estatus jurídico del embrión

El debate acerca del estatus jurídico del embrión no se inició con la cuestión de la reproducción humana asistida hacia fines de los años setenta, sino en la década del sesenta a partir de la problemática del aborto, que se originó en Europa y luego se expandió rápidamente por el mundo occidental, frente a un reclamo concentrado de parte de la población que clamaba a las autoridades su despenalización y las herramientas para poder llevar a cabo legalmente la interrupción voluntaria de la gestación del embrión que crecía en el vientre materno.

Así, surgieron dos prácticas con intereses diametralmente opuestos que necesitaban y necesitan, sin embargo, una respuesta única en cuanto a la importancia jurídica del embrión. Ello pues, en ambos casos, ésta vida va a ser objeto de grandes decisiones, que afectaran tanto a ella misma como a las personas encargadas de llevar a cabo la práctica correspondiente: aborto o manipulación de gametos.

Se hace alusión a manipulación de gametos y no “crear” o “producir vida”, ya que, como bien se expuso con anterioridad, no siempre la intervención de los profesionales biólogos y médicos es con fines exclusivamente reproductivos.

Ahora bien, mientras en un caso se busca restarle importancia al embrión para lograr acceder al proceso de interrupción de la gestación sin implicancias legales de ningún tipo, en el otro se busca restársela para permitirles a los interesados todo tipo de manipulación biotecnológica que los ayude alcanzar

los deseos buscados: ser padres, investigar, comerciar, uso médico etc. sin ningún reproche legal.

Y en el medio de la lucha se encuentra el embrión, único ser en el que reposan todos los intereses y ningún interés a la vez, pues, en definitiva, cada cual trata de llevarse su propia tajada del pastel, intentando hacer valer un supuesto derecho personal que, por supuesto, debe ser ensalzado y elevado por sobre todo otro derecho, más aún por sobre los derechos de aquellos que no tiene voz.

A todo este embrollo se suma la aparición, en el marco de las aludidas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), de un estado de embrión artificial que es propio de la fecundación “*in vitro*”, es decir, un embrión que no se encuentra, como ya se explicó, “*in utero*”, sino fuera del seno materno.

Esta nueva forma de vida extra corpórea del germen humano, impensada hasta hace unas pocas décadas atrás para el común de los mortales, coloca otro desafío a las legislaciones al exigir su regulación.

Por lo pronto, se colige que un sistema jurídico que otorga mayor amplitud a los derechos de una mujer por sobre los del embrión que se gesta en su interior, al menos en los primeros momentos de vida en que podría verse afectado, deberá responder a un tratamiento distinto del embrión “*in vitro*” que aquél sistema que le dé una protección absoluta a la vida del embrión desde el momento de la fecundación.

En efecto, el tratamiento de estatus jurídico del embrión no puede ser analizado independientemente de su derecho a la vida, lo que, a su vez, está muy ligado a los candentes debate que se han encendido en cuanto a la determinación de si el embrión es persona, es cosa o no encuadra dentro de ninguna de esas dos categorías.

#### 5. Comienzo de la protección de la vida humana

Cuando uno intenta elucidar dónde nuestro derecho protege la vida de los hombres y mujeres, no se encuentra con una norma expresa en nuestra Constitución Nacional. En efecto, el derecho a la vida se estima incluido dentro de aquellos no enumerados o implícitos del artículo 33 de la norma suprema, y de donde se desprenden, por mera aplicación de la lógica, todos los demás derechos.

Ello pues, si las personas no tuvieran derecho a la vida, mal podrían gozar de los restantes derechos fundamentales que la constitución les reconoce, por lo que el derecho a la vida se yergue como el primero derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva.<sup>17</sup>

Por otro lado, y por aplicación del artículo 75, inciso 22, de la C.N. se pueden encontrar numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional que sí regulan en forma más expresa la cuestión de la protección jurídica de la vida.

Entre ellos se encuentra la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con ello, puede decirse con bastante seguridad que nuestro bloque de constitucionalidad protege el derecho a la vida de las personas con mucho ahínco, otorgándole la mayor de las salvaguardas.

No obstante, la cuestión no es tan clara cuando se quiere saber desde cuándo se inicia esa protección y de qué tipo de protección se trata.

17 Al respecto ver fallos 323:1339; 323:3229; 302:1284; 310:112; 325:292 de la C.S.J.N.

A este respecto cabe destacar el artículo el artículo 4 del P.S.J.C.R., dedicado al derecho a la vida, que dice en su inciso primero: “*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.*”

Ahora bien, de aquí se pueden extraer al menos cuestiones:

- a. Dice que el derecho a la vida será “*protegido por ley*”, pero no dice a qué ley se refiere: en este sentido se entiende que podrá intervenir tanto la rama del derecho administrativo –para efectuar regulaciones que eviten eventuales acciones dañosas o de peligro, como la del derecho civil o penal– cuya intervención se excita una vez ocasionado el daño, para buscar su reparación/indemnización o sancionar con la imposición de una pena al infractor, respectivamente.
- b. Dice que esa protección legal será, en general, desde la concepción. Por lo cual, ello trae aparejada la tarea de definir qué se quiere decir con el término “concepción”, ya que éste es un término jurídico y no biológico y objetivo.

En cuanto a la cuestión planteada en primer término (a), debe destacarse que no siempre la protección desde el punto de vista del derecho administrativo significa que esté prevista desde el derecho privado, ni una regulación desde el derecho civil implica protección desde el derecho penal.

Ello puede comprobarse, por ejemplo, en el conocido fallo del Tribunal Cintero, denominado “*Portal de Belén - Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*” (rta. 05/03/02) en el que la Corte hizo lugar a la pretensión de la parte actora en tanto solicitaba se prohibiera la fabricación, distribución y venta de un fármaco que tenía efectos abortivos.

Más allá de que en el caso el Tribunal Supremo reconoció la protección de la vida humana a partir de la singamia y por ello ordenó al Ministerio de Salud que revocara la autorización de comercializar el aludido fármaco, pues se determinó que afectaba el proceso de anidación del huevo en el útero, ello no significó la aplicación de ninguna sanción patrimonial (civil) ni penal; ni se sigue necesariamente de las conclusiones a las que arribó la Corte que, ante un caso de lesión concreta en esos términos, la fuera a aplicar, puesto que muchas veces ello resulta por lo menos inconveniente, considerando el carácter de *ultima ratio* del derecho penal<sup>18</sup>, a lo que se debe sumar el estricto cumplimiento de las garantías que encierra el principio de legalidad (*lex praevia, lex scripta y lex stricta*).

Sin embargo, no se puede negar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue clara al situar en ese entonces a la concepción, y por ende al inicio de la protección jurídica de la vida, a partir de la singamia. Para ello sostuvo su posición en numerosos estudios de renombrados investigadores de la embriología y en la normativa convencional e interna.

Sin embargo, el 13 de marzo de 2012, en el precedente “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, tras un extenso análisis de la normativa convencional y su confronte con el artículo 86, inciso 2º del C.P., que prevé la posibilidad de aborto legal ante un caso de violación, con el consentimiento de la víctima o,

18 Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso. “DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL”, Raúl Carnevali Rodríguez

en su caso, de su representante legal, y el procedimiento sea practicado por un médico diplomado, la C.S.J.N., concluyó que el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos humanos no restringen el alcance de la aludida norma de derecho interno por cuanto fueron “*expresamente delimitados en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos*”. Asimismo, se aseguró que no estuvo en el ánimo de la convención “*establecer una protección absoluta del derecho a la vida*” del embrión, por lo que se puede colegir que existen otros derecho fundamentales y derechos humanos por encima del bien jurídico vida, confirmándose así la teoría que define la relatividad de todos los derechos.

Es preciso destacar, sin perjuicio de lo dicho, que los supuestos que sirven como excepción a la protección de la vida “en general” como dice el P.S.J.C.R. deben estar específicamente detallados, tal como lo hace el Código Penal.

Esta postura fue avalada por numerosos pronunciamientos internacionales<sup>19</sup>, los que, sin embargo, van ampliando su postura en forma progresiva y limitan cada vez menos condicionadamente el derecho a la vida del embrión en aquellos casos en que hay colisión con los derechos de la madre, ya sea a la vida, la salud o la libertad.

### 5.1. Fallo “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*”

El presente pronunciamiento de la Corte Interamericana de derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012 ha tenido mucha repercusión en el ámbito regional debido a que ha sentado una postura

19 Tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la Comisión, el Comité de Derechos Humanos (P.I.D.C. y P.), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño.

muy definida en cuanto al momento del inicio de la protección del bien jurídico vida, y que afecta en forma directa al embrión humano.

En efecto, la Corte I.D.H. concluyó, luego de un prolongado análisis de la cuestión, que el concepto jurídico “concepción” es el proceso que ocurre desde la implantación del embrión en el seno materno, y no aquél que se da en la fecundación como había resuelto la C.S.J.N. en el caso “Portal de Belén”. Especificó que antes de ese momento el embrión no es persona y, en consecuencia, no es merecedor de la protección de su vida en los términos de los artículos 1, 3 y 4 del P.S.J.C.R.

En el caso, la Sala Constitucional de Costa Rica había declarado la inconstitucionalidad del decreto que reglamentaba la fertilización “*in vitro*” haciendo que toda práctica semejante estuviera prohibida, en el entendimiento que la manipulación de los embriones y las pérdidas de muchos de ellos significaba una aberración contra las normas y principios que tutelan la vida humana, en la que incluía la del embrión, protegiéndolo en forma absoluta.

El Tribunal Interamericano ponderó el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar, con el correspondiente derecho de autodeterminación, afirmando que la prohibición de las prácticas de fecundación “*in vitro*” significaba una injerencia arbitraria y abusiva en esos ámbitos.

Para arribar a la conclusión de que la concepción se da en el momento de la anidación del huevo en el útero, la Corte estimó que los síntomas de preñes en la mujer se dan en ese momento ya que sólo a partir de allí surgen las señales químicas más precoces –presencia de la hormona Gonadotropina Coriónica– que solo se detectan 7 días después de la fecundación. Afirmó que ello hacía que “*la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión*”

Aseguró que si bien hay implicancias de muchas índoles (biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa) que llevar a que no se haya podido consensuar una idea común sobre el inicio de la vida, sí comprendía que el momento de la “concepción” no podía permanecer exento de la intervención del cuerpo de la mujer puesto que sin ella el embrión no tendría ninguna posibilidad de sobrevivir, ya que precisa necesariamente ser implantado para ello.

Añadió la Corte I.D.H. que al momento de redactar la Convención en el año 48 el Real Academia Española hacía esta diferenciación entre fecundación e implantación, dándole a esta última el mismo significado que concepción.

Cuando efectuó la interpretación sistemática e histórica de la normativa que rige la materia internacional, explicó que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sitúa como objeto directo de protección a la mujer embarazada y no al embrión, por lo que no sería “procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.

Como cuestión de interés, dejó sentado que si bien hay países que otorgan protección jurídica al embrión, como Alemania, ésta no puede elevarse por sobre los demás derechos de las personas, de manera absoluta y sin excepciones.

Finalmente, la Corte puso de manifiesto que de los informe periciales de la causa se desprende que en el proceso natural reproductivo también se producía la pérdida de embriones, por lo que le parecía desproporcionado prohibir una práctica que, en definitiva, en su curso natural y al igual que la FIV, también ocasionaba el efecto que se quería evitar.

Al momento de evaluar este precedente se debe tener en cuenta que a partir de lo establecido en el artículo 75 inciso 22 del la Carta Magna, la República Argentina debe ajustar su legislación interna, decisiones judiciales y estructuras a sus prescripciones a fin de evitar toda responsabilidad internacional.

La Corte Interamericana tiene dicho que no solo la normativa convencional es obligatoria sino que también lo es la interpretación que ella misma efectúa de la convención<sup>20</sup>, lo que ha sido confirmado por nuestra Corte Nacional.<sup>21</sup> Sin perjuicio de ello en febrero de este año, la C.S.J.N. se pronunció en la causa denominada “Fontevicchia y otros c/ República Argentina”, en la que el voto conjunto consideró que no correspondía hacer lugar a la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema.

Ello, en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de *los principios de derecho público de la Constitución Nacional*.

En este sentido, entendió la Corte que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, C.A.D.H.).

Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme –en razón de lo ordenado en la decisión “Fontevicchia” de la Corte Interamericana– implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal

20 Almonacid Arellano y otros v. Chile... 26/09/06, Serie C, n° 154, apartado n° 124 y “Cabrera García y Montiel Flores vs. Méxco”. Rta. 26/11/10. Ambas de la Corte I.D.H.

21 “Giroldi”, fallos 318:514; “Bramajo”, fallos 319:1840; “Espósito”, fallos 327:5668; “Simón”, fallos 328:2056 “Mazeo Julio Lilio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” fallos 330:3248

internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional. Este precedente, que representa un cambio dramático de la doctrina del Superior Tribunal Nacional en materia de obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana, deja abierta la puerta a que futuros pronunciamientos internos puedan apartarse del criterio seguido en “Artavia Murillo” y sigan adecuándose a lo decidido en “Portal de Belén”, aludiendo a *los principios de derecho público de la Constitución Nacional*, los que, por cierto, son plenamente armoniosos con el Sistema de Derechos Humanos, conforme una interpretación franca.

## 6. Protección de la ley Penal a la vida del embrión y el feto.

El derecho penal protege los diferentes bienes jurídicos<sup>22</sup> por medio de normas que imponen penas en caso de que se las infrinja. Estas penas pueden ser, en nuestro sistema penal, de privación de la libertad (prisión o reclusión), de inhabilitación o de multa.

Abocándonos al tema bajo estudio, al buscar una norma penal que proteja al embrión, encontramos que ésta se encuentra en el Libro segundo- De los delitos-, Título primero-Contra las personas-, Capítulo primero: Delitos contra la vida, del Código Penal de la Nación, específicamente, a partir del artículo 85, y hasta el 88 inclusive.

Se advierte que no es azarosa la ubicación del tipo que prevé la protección del

embrión en el código, ya que, específicamente, la protección que le provee la legislación se limita al aseguramiento de su derecho a la vida, siendo ese, en efecto, el bien jurídico que se protege. La legislación penal protege el bien jurídico vida en el capítulo aludido, por medio de dos figuras bien determinadas, una es la de “homicidio” –que protege la vida de las personas una vez que ya han nacido, es decir, por fuera del seno materno y la otra es la del “aborto”– que la protege cuando las personas se encuentran dentro del seno materno y hasta que se produce el nacimiento.

El problema a desentrañar sería de qué forma se protege la vida del niño “naciente”, es decir, de aquel niño que no está dentro del seno materno ni fuera porque está en proceso de parto. Quien mata a un niño en esas circunstancias, ¿qué delito comete? ¿homicidio o aborto? Se debe recordar que nuestro código no prevé una tercera alternativa que proteja a la persona en esa circunstancia concreta.

Sin perjuicio de que se podría efectuar un análisis más profundo del caso para resolver la cuestión, no siendo objeto del presente trabajo, sólo diremos que la derogación del delito de infanticidio, que contemplaba el caso específico, para la doctrina minoritaria<sup>23</sup> produjo que se corriera el límite entre el aborto y el homicidio –ya que el infanticidio era tan solo una modalidad de este último– desde el inicio del nacimiento, hasta la finalización del mismo.

Para razonar así, se tenía en cuenta la normativa del Código Civil, que en sus artículos 70 y 74 consideraba la existencia de un “otro” a partir de la total separación del bebe recién nacido

respecto de su madre, cuando se cortaba el cordón umbilical.

Sin embargo, el nuevo código Civil y Comercial de la Nación no contempla la cuestión de la total separación al momento del nacimiento en su artículo 19, por lo que este argumento perdió relativo sustento.

Por otro lado, la postura mayoritaria<sup>24</sup> sostiene que con el inicio del parto ya

24 Enrique Bacigalupo, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Madrid, 1990, p. 16/17.; Edgardo A. Donna, Derecho Penal, Parte Especial, 2da. Edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p. 19; Carlos Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 6ta. Edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, Astrea, Bs. As., 1999, t. I, p. 10; Gustavo Goerner, El sujeto pasivo del delito de homicidio, Delitos contra las personas, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311/322. Asimismo, a la concepción de “durante el nacimiento”, Soler la interpretaba que comprende desde el comienzo del proceso del parto hasta el momento de la completa separación, lo que no se funda en consideraciones naturalista o biológicas, sino en el siguiente principio jurídico: “si a alguna figura calificada o privilegiada se le suprime el elemento que la califica o privilegia, subsiste la figura simple correspondiente. Si el infanticidio es una forma de homicidio cometido por móvil de honor, es indudable que si, manteniendo las demás condiciones, se supone que el móvil atenuante no concurre, la figura remanente será la de homicidio (o parricidio), de la cual habíamos partido pero no una figura distinta como la del aborto” (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1983, t. III, p. 75). De ahí que se concluya en que la derogación del infanticidio (figura privilegiada) no pueda producir alteración alguna en los elementos objetivos que conforman el tipo penal del homicidio, entre los que se encuentran el sujeto pasivo: quien mata “durante el nacimiento” mata a una persona y cometerá el delito de homicidio en cualquiera de sus formas. Gustavo Goerner, El sujeto pasivo del delito de homicidio, Delitos contra las personas, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311/322.

22 “... el bien jurídico debe tener su correlato en la existencia de un derecho constitucional, y la diferencia con aquel radica en que un derecho –en el sentido de derecho subjetivo– alude a la facultad de un sujeto –o de una colectividad de sujetos–, mientras que el bien jurídico es un interés esencialmente estatal, de allí la naturaleza pública de la acción penal, pues el interés lesionado no pertenece al individuo –como si los derechos subjetivos– sino al Estado...” La protección jurídica del embrión. Noemí G. de Rempel. Ed. Ediar, 2016. Pag.399.

23 Entre ellos, Alfredo Molinario, en Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, Bs. As., 1996, t. I, p.156/157 y Noemí G. de Rempel, en La protección jurídica del embrión. Noemí G. de Rempel. Ed. Ediar, 2016. Pag. 417/419.

se es pasible de la comisión del delito de homicidio.

De todos modos, la jurisprudencia tampoco es pacífica en cuanto a los límites aludidos entre los delitos de aborto y homicidio, posturas que se encuentran plasmadas respectivamente en los fallos “Macías Silvina Nancy y otros s/ homicidio culposo” y “F.E.L. y otros s/ sobreseimiento”, ambos de la Cámara del Crimen. Sin embargo, un precedente de importancia y de mayor actualidad, en cuanto a que ya se encontraba vigente el Código Civil y Comercial actual, lo constituye la causa 40851/15, caratulada “S. R., M. S. s/ sobreseimiento, resuelta el 12 de octubre de 2016 por la Sala VII del aludido tribunal.

Ingresando al análisis del tipo penal del aborto, lo primero que se advierte es que, a diferencia de la mayoría de las normas prohibitivas del Código Penal, que describen una conducta determinada para, posteriormente, imponerle una sanción, en la figura bajo estudio para referirse a la conducta prohibida se utiliza la misma voz de “aborto”, sin efectuar una descripción del verbo típico, sino remitiendo a una construcción lingüística, que deriva de la raíz latina “*abortus*”, que significa “privación de nacimiento”. Asimismo, la Real Academia española la define como: “Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.”

Lo cierto es que esta voz ha sido tomada de la ciencia médica y utilizada en la jurídica, sin que se tengan en cuenta los diferentes puntos de vista desde los cuales una y otra examinan los mismo episodios de la realidad: mientras el médico coloca la mirada en el paciente para su asistencia y recuperación terapéutica, el derecho pone el acento en la muerte del feto y en el descubrimiento de las causas que lesionaron el bien jurídico vida a los fines de aplicar una pena en caso de corresponder.

En suma, más allá de los esfuerzos que ha efectuado la doctrina para, pese a la

falta de descripción de la acción típica del delito de aborto, determinar jurídicamente en qué consiste su ejecución, se puede concluir que su definición se debe construir sobre la base de la muerte del producto de la concepción, es decir, la muerte del embrión o del feto.

Desde cuándo puede el embrión ser sujeto pasivo del delito de aborto, es una pregunta que se intentó responder más arriba al analizar las diferentes posturas existentes sobre el inicio de la vida humana. En cuanto hasta cuándo el niño puede ser sujeto pasivo de este delito, también fue una cuestión que se tocó párrafos precedentes.

Una definición de la acción prohibida más o menos consensuada incluye la muerte de la persona dentro del seno materno o su nacimiento o expulsión prematura, de forma tal que su grado de desarrollo inconcluso no le permita la vida extrauterina.

Art. 85: persigue penalmente los abortos causados por terceros, con o sin consentimiento de la madre, agravando la figura en caso de que el hecho sea seguido de la muerte de la mujer.<sup>25</sup>

Art. 86: en el inciso primero se pena el aborto llevado a cabo por profesionales de la salud, haciendo alusión exclusiva a los médicos, parteras, cirujanos o farmacéuticos, a quienes, además de imponerles la pena prevista para quienes no tienen alguna calidad especial, los conmina con la inhabilitación por el doble de tiempo que el de la condena.<sup>26</sup>

25 El que causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

26 Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos,

En el inciso segundo del artículo 86 están previstos los únicos dos supuestos de aborto no punible que prevé nuestro sistema jurídico.

Un caso, es el del *aborto terapéutico*, que debe ser llevado a cabo por un médico diplomado para evitar un peligro para la *vida* o la *salud* de la madre encinta, siempre y cuando ese peligro no pueda ser mitigado por otra vía alternativa.

En cuanto al peligro para la vida, el aborto se habilitaría cualquiera sea la causa que lo genere.

El asunto no es tan claro cuando se habla de la salud ya que, según la definición de salud que se adopte, los supuestos en los que se habilitaría el aborto van a ser más o menos permisivos: si se adopta el concepto de “salud” sugerido por la Organización Mundial de la Salud en su carta orgánica, se deberá incluir el peligro a la salud física, mental y social, pues la OMS ha establecido que “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*».

Sin embargo, no hay antecedentes conocidos de que la salud haya sido entendida en forma tan amplia al resolver casos como el que nos ocupa, limitándose tan solo a la preservación de la salud desde el punto de vista físico y, más restrictivamente, mental.

El segundo caso de aborto no punible es el del *aborto sentimental*, que incluye los sucesos en los que el embrión que la madre está gestando sea producto de una violación.

Se debe destacar que este último supuesto fue analizado por la C.S.J.N. en el ya mencionado caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”(rta. el 13/03/12) donde el máximo tribunal determinó que la norma incluía cualquier supuesto de violación y no

---

parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

únicamente aquellos llevados a cabo contra una mujer “idiota” o demente. Para justificar la anteposición de los derechos de la mujer al derecho a la vida del embrión, la mayoría hizo referencia a que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad.<sup>27</sup>

Art. 87: trata el aborto preterintencional, que incluye la conducta de aquel que matare al embrión o al feto sin haber tenido el propósito de hacerlo, cuando ejerciera violencia contra la mujer cuando su embarazo fuera notorio o supiera que se encuentra encinta.<sup>28</sup>

27 Como se dijo, la Corte Suprema decidió poner fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales han entendido que éste sólo se aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.

El tribunal supremo dispuso que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. Finalmente, la mayoría del tribunal aludió a que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.

28 Art. 87.— Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Art. 88: este artículo, finalmente, establece una pena para la mujer que causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Por otro lado, refiere que la tentativa de aborto de la madre, no es punible.<sup>29</sup>

Ahora bien, efectuado el “racconto” de las diferentes alternativas del delito de aborto estipuladas en el Código sustantivo, podemos sacar en limpio que, para que la figura se produzca es necesario contar, obligatoriamente, con los siguientes presupuestos básicos: 1) existencia de una mujer encinta, 2) existencia de un embrión o feto vivo, 3) la muerte del feto a raíz de una conducta causalmente atribuible al autor y 4) la intención de matar (dolo).

En cuanto al primer presupuesto, y más allá de las discusiones acerca de cuándo inicia la vida humana, que puede o no coincidir con el momento de la fecundación (como sostuvo la Corte en el fallo “Portal de Belén”), con la implantación (como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo”) o con cualquier otro de los desarrollados, lo cierto es que para que se pueda decir de una mujer que está embarazada es necesario que el huevo fecundado ya se halle anidado en su útero, y comenzado, de esta manera, el proceso de interacción con la madre. Como se dijo oportunamente, solo allí es posible detectar químicamente el estado de preñez de una mujer, no antes, debido a la producción de la Gonadotropina Coriónica.

Sin embargo, advertimos que la cuestión de la detección del embarazo es una mera cuestión probatoria, que deberá acreditarse llegado el caso en el expediente, por lo que no puede utilizarse ese argumento para rechazar la existencia de embarazo previo a la anidación. Lo que se discute aquí supera

29 Art. 88.— Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

ampliamente los aspectos probatorios, puesto que si en un futuro cercano existiera el modo de detectar la fecundación, no podría, por ello, cambiar la apreciación en cuanto al momento del inicio del embarazo.

No obstante, sí resulta más consistente, para definir el término embarazo, el argumento de que mientras la fecundación y singamia resultan hechos exclusivos de los gametos, más allá de la discusión sobre el inicio de la vida, el embarazo es un hecho en el que sí o sí debe intervenir la mujer gestante, por lo que se podría describir, como se propuso oportunamente, como “un hecho de la mujer”.

Pasando al análisis del segundo presupuesto, es claro que se debe contar con un feto vivo, pues el verbo típico consiste en matar y si éste ya está muerto no sería posible concretar el tipo.

Vida (bien jurídico lesionado) y muerte (resultado del acto lesivo) son caras de una misma moneda, y en el medio debe estar la acción que conecte a ambos, mediando conocimiento y voluntad de su realización.

De lo dicho aquí, puede colegirse que, como ya lo planteáramos apartados más arriba, la protección jurídica penal podría no tener en cuenta los mismos criterios que otras ramas del derecho para determinar el momento desde el cual inicia esa protección.

Mientras de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el derecho interno se desprende que la persona debe ser protegida, en general, desde la concepción, que persona es todo humano y que niño es toda persona menor de 18 años a partir del momento de la concepción, dando lugar a interpretaciones diversas acerca del momento en que se produce este último fenómeno, algunos creen que el derecho penal, distanciándose de la legislación de otras ramas del derecho, eligió que su protección hacia la persona por nacer va a estar ligada al embarazo y con ello al tiempo de la anidación del óvulo en el útero. No antes.

Ello no significa, dicen quienes mantienen esta postura, que no haya otras formas de protección jurídica del embrión, en base a la normativa supralegal citada, antes de ese hecho biológico, la que deberá estar regida de acuerdo a la determinación del momento de la “concepción”.

Vinculando esta cuestión con las *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, es interesante destacar que con la determinación de proteger jurídico penalmente al embrión desde el momento del “embarazo”, se evita el trato discriminatorio hacia los embriones fecundados “*in vitro*”, ya que al interpretarse que el estado de la mujer encinta comienza desde el tiempo de la anidación, la protección del cigoto creado *naturalmente* con anterioridad a ese momento específico, tendrá el mismo alcance que aquellos fecundados por fuera del seno materno, y gozarán de protección penal una vez transferidos al cuerpo de la mujer.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que la protección penal que hoy día ofrece la ley al nuevo ser no puede desentenderse de los criterios establecidos en las otras ramas del derecho. No solo porque no hay ningún motivo para hacerlo, sino más bien todo lo contrario, ya que el bien jurídicamente protegido-vida- es el primer derecho en la escala de valores que debe ser protegido por el sistema, pues, como es lógico, ningún otro derecho adquiere virtualidad si este último no es garantizado.

También es de destacar que, a nuestro parecer, situar el embarazo, por cuestiones forzosamente técnicas o de laboratorio, a partir de la anidación, debido a que recién en ese instante se darían las primeras reacciones en el propio organismo de la mujer gestante resulta por mas arbitrario, puesto que antes de ello sucedió un hecho mucho más trascendente y no ajeno a ella, ya que sucedió en el interior su cuerpo, que es la singamia, y creación de un nuevo ser.

Para ello, la madre ofreció el contexto y condiciones propicias.

En definitiva, creemos que existe embarazo, más allá de las cuestiones probatorias y de reacción hormonal en la mujer (que es tema médico y probatorio también), cuando dentro del cuerpo de ésta se dieron las condiciones propicias que posibilitaron la fecundación y con ello la creación de un nuevo ser, distinto de sus progenitores, que lo hace sujeto de derecho y digno de protección: el aborto es un delito que tiene por fin proteger la vida del niño por nacer y para poder ubicar el ámbito de protección de la norma hay que determinar a partir de qué momento comienza su vida, no a partir de cuándo se puede probar que la madre está encinta. Ello, es independiente y solo está vinculado indirectamente con el fin que propende el tipo penal.

Sin perjuicio de ello, las dificultades técnicas en la redacción del código hacen que sea imperiosa una reforma que clarifique los términos de su vigencia.

Asimismo, creemos en la necesidad de que la protección sea ampliada a aquellos casos en los que, pese a no haber embarazo por tratarse de fecundación “*in vitro*”, se lesiona la vida de aquellos embriones que, como esperanza de nacer algún día, aguardan su implante en el útero de la mujer.

Ello, y más allá del grado de aceptación ética que los procedimientos demandan, en el entendimiento de que los embriones fecundados en laboratorio presentan un grado de vulnerabilidad extremo, a diferencia de los que se encuentran dentro del seno materno, cuyo devenir dependerá, en todo caso, del curso natural de las cosas, y cuyo destino es muy complejo determinar pues, como ya se señaló, no hay modo de comprobar una fecundación hasta el período de la anidación.

## 7. El embrión humano como persona

Para finalizar, me habré de referir brevemente al estatus jurídico del embrión desde el punto de vista del derecho civil –extra penal–, de donde se derivará la necesidad de regular su protección, tanto en el seno materno como cuando fue creado “*in vitro*”.

Tal como se indicó anteriormente, no son pocos los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina que poseen jerarquía constitucional y, junto con ella, constituyen la ley suprema del país.

Muchos de ellos, garantizan el derecho a la vida, y lo hacen, en general, desde el momento de la concepción, término en el que no volveremos a adentrarnos luego de todo lo que se ha dicho.

La C.A.D.H. reconoce a todo ser humano como persona y dice que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, tal como lo manifiesta la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 6.

De allí se desprende que el aludido reconocimiento conlleva a que el término “persona” no sea un término técnico que pueda ser arbitrariamente utilizado por el legislador; éste solo se debe limitar a su reconocimiento.

En el mismo sentido, el actual Código Civil y Comercial de la Nación dice en su artículo 19 que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, siguiendo la línea del viejo código de Vélez Sarsfield, cuya redacción agregaba “en el seno materno”.

Ello quiere decir que, al quitarle esa última frase al artículo, la persona comienza desde la concepción, ya sea ésta dentro o fuera del seno materno.

Prosiguiendo con el análisis del Código Civil y Comercial, se debe resaltar que en su artículo 17 se refiere a los derechos sobre el cuerpo, diciendo que “*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico,*

*científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.”*

No caben dudas, en ese sentido, que a partir de la fecundación se da la existencia de un cuerpo vivo distinto al de sus progenitores, llamado embrión, que por ser humano, es digno de gozar de la personalidad definida por los tratados internacionales de derechos humanos. El artículo 561, que regula el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida indica que “...*El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.*” Ello quiere decir que hace una distinción dependiendo de que el caso se trate de “concepción en la persona” o de la “implantación” como dos momentos distintos, lo que lleva también a concluir que si existe una concepción en la persona, existe otra que es “fuera de la persona”, por lo tanto, con ese término no se está refiriendo a la anidación, sino a la fecundación.

El artículo 57 del C.C.y C., incluido en el capítulo de los derechos personalísimos, dice que “*está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.*” lo que da a entender el reconocimiento de la dignidad de persona que le cabe. Además no se efectúan distinciones de ningún tipo entre el embrión implantado y no implantado.

Si el artículo 24 prevé a las personas por nacer como incapaces de ejercicio y el artículo 101 establece que sus representantes legales son sus padres, en que carácter se ejercerá esa representación si los embriones, implantados o no, no son personas. ¿Acaso la relación es cosa persona y se rige por los derechos reales?

El nuevo código civil eliminó la definición de personas físicas, remitiéndose en sus fundamentos a los motivos del

proyecto de 1998, al entender que “persona” es un concepto prejurídico y natural, que no puede ser concedido por la ley ya que se remite a la noción de humano, lo que no puede ser sometido a manipulaciones de ningún tipo. En esta misma línea, se estima que la noción de persona está vinculada a principios de derecho público de los derechos humanos y su conceptualización no puede quedar librada a la interpretación arbitraria de cuestiones de derecho privado de conformidad con los intereses de las partes.

Del mismo modo, sería insostenible mantener una postura tal que discrimine en su reconocimiento al embrión fecundado “*in vitro*” por el solo hecho de encontrarse por fuera del seno materno, ya que, en definitiva constituye la misma entidad corporal humana. El lugar de la concepción (fecundación) o la circunstancia de la anidación, no dice nada acerca del embrión mismo y de sus características propiamente humanas, las que están presentes desde el momento en que se produce la singamia.

Ahora bien, así como existen estos argumentos para inclinar la balanza a favor del reconocimiento del embrión como persona y procurar su protección jurídica, existen otros que sirven para refutarlos y negársela. Entre ellos se encuentra el reciente y ya comentado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Artavia Murillo*”, donde no se dejó lugar a dudas acerca de qué se entiende por concepción (anidación).

Sin perjuicio de los dicho, y de la reiterada doctrina de la Corte en cuanto a la obligatoriedad de los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos, se debe llamar la atención nuevamente acerca del reciente fallo “*Fontevicchia*”, en el que la Corte decidió no acatar lo dispuesto, en el entendimiento de que se oponía a cuestiones de Orden público de derecho constitucional argentino.

De continuar con una postura como ésta, y con muchas menos implicancias que las producidas a raíz de “*Fontevicchia*”, la Corte Nacional podría dejar de lado la interpretación efectuada en “*Artavia Murillo*” y adecuar la protección jurídica del embrión a la normativa que emerge del derecho interno y de los tratados internacionales, retornando así a aquella sentada en el año 2002 en “*Portal de Belén*”.

Por último, y más allá de la posición que se adopte en la materia, no resulta ocioso destacar la falta de voluntad y desconcierto político que existe a la hora de reglamentar y definir cuestiones de gran sensibilidad social como la que nos convoca en este trabajo.

Nótese que lo máximo que se ha logrado al respecto, en cuanto al consenso de la necesidad de una ley especial, fue la aprobación de la Ley 26862, de “*Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida*”, que lo único que regula son las condiciones de cobertura que las obras sociales y empresas de salud deben garantizar para esos tratamientos a los pacientes que las necesiten. Sin embargo, ninguna referencia se hace en cuanto al estatus del embrión y la protección jurídica que merece.

## 8. Palabras finales

Para concluir, y más allá de las posturas en la que cada uno pueda llegar a enroscarse sobre la temática, es importante resaltar cómo, con el tema tratado, se implementa una visión disímil respecto de ciertas cuestiones que en los últimos años han llegado a ser bisagra en el marco del reconocimiento de los derechos de los grupos más vulnerables: nótese en este sentido que, a nivel mundial, pero sobre todo en occidente, se ha tendido en los últimos años al mayor reconocimiento y vigencia, no solo en las normas internas de los países sino también en el ámbito regional, de los

derechos de los grupos minoritarios que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad como los niños, los presos, los ancianos, las mujeres, los pueblos originarios, las minorías sexuales, etc. También se ha ampliado la protección de los animales. En todas las relaciones que incluyen a los mencionados actores, el derecho ha venido a componer una virtual superioridad de la parte con más poder que en la realidad lograba imponer siempre la regla del más fuerte a costa del avasallamiento de los derechos del más débil. Al contrario de lo que ocurre en los casos mencionados, cuando se ve involucrado el niño por nacer, debido a causas que aún no han podido discernirse indiscutidamente pero que han de ceñir sus intereses a múltiples factores políticos, económicos y sociales, el derecho intenta correrse de su papel de protector del más débil e intenta velar por las justificaciones del más fuerte de la relación. De esta manera, se deja la vida del niño librada a la voluntad de un tercero- u otros interesados-, sin que el estado, garante de los derechos de todos los ciudadanos, y sobre todo de los más vulnerables, intervenga para protegerla.

En esta sintonía es que resulta importante que el Estado asuma su rol protagónico en pos de una mayor equidad y armonía social, siempre teniendo como norte la protección de la persona más vulnerable de la relación y considerando formas alternativas a la solución del conflicto que se plantea tendientes a ello.

## 9. Bibliografía

Rempel, Noemí G. de; “La protección Jurídica del embrión”. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2016.

Lafferriere, Jorge Nicolás “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Buenos Aires, La Ley. Volumen: 2014-10. pags. 143 a 151

Lamm, Eleonora “El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial: estatus, alcance y protección del embrión in Vitro”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, Volumen: 2015-3. pags. 45 a 85.

Ferrajoli, Luigi, prologuista: Pastor, Daniel “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, 1ª ed. En Pastor Daniel R. “Problemas actuales de la parte especial del derecho penal”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011, volumen: u. pags. 127 a 148.

“Manual Básico de Obstetricia y Ginecología”, Ed. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Subdirección General de Gestión Económica y Recursos Humanos. Servicio de Recursos Documentales y Apoyo Institucional. Alcalá, 56 28014, Madrid. Catálogo General de Publicaciones Oficiales: <http://publicacionesoficiales.boes.es/> 1ª edición, 2013. 2ª edición, 2017.