



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

ZAMBRANO, María del Pilar; SACRISTÁN, Estela B.

EL VALOR DE LA VIDA DEL EMBRIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE Y  
ARGENTINA

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 134, mayo-agosto, 2012, pp. 715-759

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723288009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## EL VALOR DE LA VIDA DEL EMBRIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE Y ARGENTINA\*

### *THE VALUE OF THE EMBRYO'S LIFE IN NORTH AMERICAN AND ARGENTINE CASE LAW*

María del Pilar ZAMBRANO\*\*

Estela B. SACRISTÁN\*\*\*

**RESUMEN:** Este trabajo se propone comparar la jurisprudencia constitucional estadounidense y la jurisprudencia constitucional argentina en lo que concierne al valor jurídico de la vida del embrión, con miras a inferir los argumentos que en uno y otro ámbito se proponen respecto de la aceptación o el rechazo de la distinción conceptual entre ser humano y persona en sentido jurídico.

**ABSTRACT:** *This work aims at comparing North American and Argentine constitutional case Law regarding the law status of the human embryo, with the object of inferring the arguments proposed in one and other field towards accepting or rejecting the conceptual distinction between person and human being.*

**Palabras clave:** embrión, aborto, vida humana, interpretación constitucional.

**Keywords:** *embryo, abortion, human life, constitutional interpretation.*

\* Artículo recibido el 25 de abril de 2011 y aceptado para su publicación el 17 de noviembre de 2011. Este trabajo es un resultado parcial del proyecto de investigación “El estatus del embrión humano en el derecho argentino”, financiado en el marco del segundo Concurso Interno de Proyectos de Investigación de la Universidad Austral; y del subproyecto “Representación y ejercicio del poder en las nuevas comunidades políticas”, financiado por el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra.

\*\* Profesora de Filosofía del derecho en el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra.

\*\*\* Profesora adjunta de Derecho administrativo en la Pontificia Universidad Católica Argentina y profesora invitada en la Universidad Austral.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLV, núm. 134,  
mayo-agosto de 2012, pp. 715-759.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El embrión en el derecho judicial constitucional estadounidense*. III. *El embrión en la jurisprudencia estadounidense*. IV. *El embrión en el derecho judicial constitucional argentino*. V. *El embrión en la jurisprudencia de otros tribunales*. VI. *Síntesis comparativa*. VII. *El debate semántico-antropológico como presupuesto*.

## I. INTRODUCCIÓN

La pregunta por el estatus jurídico del embrión atañe a la distinción conceptual más básica —en el sentido de fundamental— del derecho, a saber, la distinción entre “cosas” y “personas”. Se trata de determinar, en efecto, si la vida humana embrionaria es o no una vida personal y, por lo mismo, si el embrión es sujeto de derechos o, en cambio, objeto de los derechos de algún otro sujeto. Este debate radical o fundamental se plasma en otras discrepancias más técnicas y más concretas, acerca de la conveniencia o no de que el derecho gradúe el valor de la vida humana en función de su estado o etapa de desarrollo biológico, y de sus perspectivas de viabilidad.<sup>1</sup>

La pretensión de que estas distinciones sean receptadas por el derecho, o más aún de que ya se encuentran receptadas, se funda por lo menos en dos proposiciones normativas. De acuerdo con la primera, las normas constitucionales sólo reconocerían la aparición de la personalidad en algún momento posterior a la implantación del llamado embrión; y/o que condicionan la aparición de la personalidad jurídica a su viabilidad. La segunda proposición establece que, dada la no-personalidad del embrión

<sup>1</sup> La pretensión de que el valor moral y jurídico de la vida embrionaria varía según su estado de desarrollo y sus perspectivas de viabilidad, como se verá más adelante, constituye un argumento fundamental en la jurisprudencia constitucional estadounidense con el fin de legitimar el derecho a abortar y, por extensión, el derecho a descartar embriones. En el plano legal, esta pretensión ha sido receptada a través de la muy discutida distinción terminológica entre pre embrión y embrión, por ejemplo, en la legislación española concerniente a la donación y utilización de embriones (Ley 42/1988) con fines terapéuticos o de investigación, y a las técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988). Para una crítica a la relevancia ética y jurídica de esta distinción terminológica en el ámbito estadounidense, puede consultarse, sólo a título de ejemplo, Vinciguerra, Joshua S., “Showing Special Respect. Permitting the Gestation of Abandoned Preembryos”, *Albany Law Journal of Science and Technology*, núm. 9, 1999, pp. 405 y ss.; y más recientemente, Stenger, Robert, “Embryos, Fetuses and Babies. Treated as Persons and Treated with Respect”, *Journal of Health and Biomedical Law*, núm. 2, 2006, pp. 33 y ss.

en la etapa previa a la implantación, o del embrión no viable, el principio constitucional de igualdad le sería inaplicable.

El rechazo de las distinciones se funda en dos premisas normativas contrarias, según las cuales, las normas constitucionales reconocen la calidad de persona en todo ser humano, desde el momento mismo de la concepción que, a su vez, se sitúa en el momento de la fecundación. Por lo mismo, se interpreta que estas mismas normas reconocerían la igual dignidad de toda persona y proscibirían que se condicione el valor jurídico de la vida humana —la cual es siempre vida personal— a su etapa de desarrollo o a su viabilidad dentro o fuera del seno materno.

### *Objetivo. Plan de exposición*

En lo que sigue se abordarán dos análisis complementarios. De una parte, se efectuará una reseña jurisprudencial constitucional estadounidense y argentina, con miras a inferir los argumentos que en uno y otro ámbito se proponen respecto de la aceptación o el rechazo, según los casos, de aquellas distinciones conceptuales. Seguidamente, se compararán los argumentos propuestos en uno y otro ámbito, con miras a evaluar el grado de coherencia habido entre: a) Las premisas normativas en que se sustentan tales argumentos; b) El carácter absoluto o no negociable del derecho a la vida; c) El valor que en uno y otro ámbito se pretende reconocer a la vida embrionaria (personal o no, según los casos).

Este estudio comparativo halla justificación en el hecho de que, como se ha señalado con insistencia desde distintas corrientes iusfilosóficas, la abstracción del lenguaje constitucional es una puerta abierta a las valoraciones políticas, éticas, filosóficas o, en términos rawlsianos, a las “concepciones comprensivas” de quienes interpretan y aplican el derecho.<sup>2</sup> De tal modo, aunque aquellos argumentos a favor de la protección de la vida embrionaria, y contraargumentos favorables a la desprotección de la vida embrionaria, emergen en contextos normativos diferentes, el carácter creativo de la interpretación constitucional justifica un estudio comparativo como el que aquí se propone.

<sup>2</sup> Cfr. Rawls, John, *Political Liberalism* (expanded edition), Nueva York, Columbia University Press, 2005, pp. XLV y XLVI (*Liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996).

No todo es creación, sin embargo, ni en la interpretación jurídica en general, ni en la interpretación constitucional en particular.<sup>3</sup> La interpretación jurídica podría en efecto describirse como la tarea de hallar y de construir a la vez una solución para un caso concreto, de acuerdo con dos criterios concéntricos de justicia: el criterio de justicia que anima a la práctica en su totalidad, y el criterio de justicia más concreto significado por las normas jurídicas que se consideran aplicables al caso concreto, a la luz del criterio general o global de justicia.

Dos son pues las restricciones a la creatividad interpretativa. En primer lugar, la aspiración a la realización de la justicia como fin último de cualquier práctica constitucional. Una interpretación de los principios fundamentales o constitucionales que niegue el valor justicia es, por definición, una interpretación incorrecta. Pero no cualquier concepción de la justicia es adecuada para interpretar o comprender con corrección una práctica constitucional, sino la concepción de justicia efectivamente incorporada en la práctica. Por ello, el segundo margen o coto para la creatividad interpretativa es el criterio de justicia significado por las fuentes jurídicas que componen la práctica. Lo cual implica afirmar, por supuesto, que el lenguaje jurídico en que se expresan las fuentes del derecho

<sup>3</sup> Entre los muchos otros autores que coinciden con la descripción de la interpretación como una tarea comprensiva, que aunque incluye una dimensión creativa no se confunde con discrecionalidad pura, el más relevante del ámbito anglosajón es probablemente Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986; *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, caps I-IV, y *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, caps. I-VII. En *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996), Dworkin reúne una serie de trabajos que, en conjunto, aplican su concepción de la interpretación al texto constitucional. Sus últimos trabajos sobre el problema de la interpretación se encuentran reunidos en *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006. Para una descripción crítica de la propuesta interpretativa de Dworkin, *cf.* Zambrano, Pilar, "Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en el derecho. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin", *Persona y Derecho*, núm. 57, 2007, y las referencias allí citadas; así como *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación usflosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, pp. 37-53. Fuera del ámbito anglosajón, el problema de los límites a la creatividad en la interpretación constitucional ha sido especialmente estudiado, entre muchos otros, por Robert Alexy, quien insiste en que, aun cuando los principios son "mandatos de optimización", constituyen un marco de referencia objetivo para la discrecionalidad del juez y para la actividad legislativa. *Cfr.*, sólo a título de ejemplo, *id.*, *Epítogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios, 2004, *passim*.

es suficientemente representativo de este criterio u orden de justicia. La creación o valoración se realiza siempre dentro de, al menos, dos márgenes claramente asumidos por los intérpretes: el margen semántico, dado por el significado de los términos normativos legales y jurisprudenciales; y el margen justificativo o teleológico, dado por los valores jurídicos que cualquier práctica jurídica debe asumir si pretende distinguirse de la violencia.<sup>4</sup>

Estas restricciones a la creatividad interpretativa limitan también, como es lógico, la transposición de argumentos de una práctica constitucional —como puede ser la estadounidense— a otra —por ejemplo, la argentina—. De ahí que el provecho del análisis comparativo dependerá de que las preguntas que se formulen sean pertinentes. Dos son, con esta exigencia en miras, las preguntas que el mencionado estudio comparativo se propone responder:

a) ¿En qué medida los textos constitucionales interpretados —normativos y jurisprudenciales— constituyen el fundamento de los argumentos a favor de la protección de la vida embrionaria o el fundamento de los argumentos en contra de la vida embrionaria?

b) ¿Cuál de los argumentos semánticamente coherentes con los textos constitucionales se ajusta mejor a los fines o valores últimos del derecho?

## II. EL EMBRIÓN EN EL DERECHO JUDICIAL CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

El estatus del embrión en el derecho federal (nacional) de Estados Unidos no nace de la legislación sino de la jurisprudencia; en especial, de la de la Corte Suprema federal. Esta jurisprudencia abarca de modo prioritario los precedentes *Roe vs. Wade*, y, posteriormente, *Casey*, y, secundariamente, algunos otros precedentes vinculados al problema del aborto

<sup>4</sup> Hemos ahondado en estas consideraciones en Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica...*, *cit.*, *passim*; “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 60, 2009, pp. 131-152; “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, núm. 18, 2009, pp. 20-40; “La interpretación jurídica como co-creación”, *Problema*, México, UNAM, 2009, pp. 375-414.

que en su conjunto determinan el estatus jurídico del no-nacido en sus diferentes etapas de gestación.

### 1. *Los casos Roe vs. Wade y Casey*

En el famoso precedente *Roe vs. Wade*<sup>5</sup> se debatió por primera vez, ante la Corte Suprema estadounidense, la cuestión de la constitucionalidad de la penalización del aborto en ocasión de un planteo de inconstitucionalidad de una ley del estado de Texas, que penalizaba el aborto en todos los casos excepto cuando el embarazo pusiera en riesgo la vida de la madre.

El Tribunal de Distrito declaró inconstitucional la ley estadual a la luz de la enmienda IX que reconoce derechos implícitos en la Constitución estadounidense, pero no emitió una orden o mandato que le permitiera a *Roe* beneficiarse con esta declaración. *Roe* apeló con el doble propósito de que se confirmara la declaración de inconstitucionalidad de la ley, y de que se emitiera la resolución ejecutiva.<sup>6</sup>

La Corte Suprema analizó la pretensión de *Roe* a la luz del derecho fundamental a la privacidad, que si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución estadounidense, había sido reconocido por vía pretoriana en casos anteriores como una dimensión necesaria de otras libertades reconocidas expresamente.<sup>7</sup> La Corte debía decidir, pues, si la elección de abortar constituía una dimensión de este derecho fundamental o libertad preferida, cuál era su alcance, y a qué cláusula constitucional se adscribía.

Estas decisiones exigían determinar previamente desde cuándo se reconoce en la Constitución estadounidense la personalidad jurídica. En este sentido, la Corte advirtió que: “el apelante y ciertos *amici* arguyen que el feto es una “persona”, en el lenguaje y en el sentido de la enmienda XIV... si la sugerencia de que el feto es persona se demostrara, la pretensión del recurrente, por supuesto, cae, pues el derecho a la vida del feto estaría específicamente garantizado por la enmienda”.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973).

<sup>6</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 123-129.

<sup>7</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 153-155.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 157. Esta traducción, al igual que otras que aparecen *infra*, son nuestras.

La mayoría de la Corte resolvió esta cuestión interpretativa negando la personalidad del feto, con sustento en argumentos semánticos, sintácticos e históricos. Desde el punto de vista semántico y sintáctico, arguyó que la Constitución no define en ninguna de sus normas el significado del término persona y que, cada vez que lo utiliza, lo hace para referirse a seres humanos ya nacidos.<sup>9</sup> Desde el punto de vista histórico, advirtió que en el tiempo en que se sancionó la enmienda XIV, y durante la mayor parte del siglo XIX, las leyes estatales eran mucho más permisivas que las actuales en relación al aborto. Este hecho histórico, unido a la presunción de que los redactores conocían este contexto legal, manifestaría la intención de los redactores de no incluir a los nonatos como sujetos de las garantías reconocidas en la enmienda.<sup>10</sup> Con estos argumentos, la Corte concluyó que el término “persona”, tal cual es utilizado en la Constitución, excluye al no nacido.<sup>11</sup>

La negación de la personalidad del nonato se tradujo, por necesidad conceptual, en la negación del derecho a la vida antes del nacimiento. Pero esta negación no obstó a que la Corte estadounidense reconociera, en cabeza del Estado, un interés legítimo en proteger la vida embrionaria y fetal, a la cual denominó “vida humana potencial”. También reconoció que un Estado puede legítimamente promover el interés en proteger la salud de la madre en procedimientos abortivos. Agregó que la promoción y defensa de uno y otro interés podrían justificar la regulación y, en su caso, la restricción del derecho a abortar que se reconocía. Sin embargo, como este derecho había sido reconocido con el estatus de “libertad preferida” o “derecho fundamental”, la constitucionalidad de las normas regulatorias o restrictivas del aborto dependía de que aprobaran el test del escrutinio estricto (*strict scrutiny*). Todo ello se traduce en la necesidad de que los Estados justifiquen tanto el carácter imperioso de los intereses que las normas examinadas se proponen sostener —por ejemplo, que se esté ante un *compelling state interest*—, así como la relación de necesidad entre unos y otras.<sup>12</sup>

Sobre esta base, la Corte propuso el ya célebre esquema de balanceo tripartito entre el derecho de la madre a abortar y los dos intereses esta-

<sup>9</sup> Cfr. *ibidem*, p. 158.

<sup>10</sup> Cfr. *idem*.

<sup>11</sup> Cfr. *idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 159.

duales reconocidos como legítimos.<sup>13</sup> De acuerdo con este esquema, durante el primer trimestre del embarazo ninguno de los intereses estatales sería tan imperioso como para justificar algún tipo de regulación del derecho a abortar. En el segundo trimestre, el interés estatal en proteger la salud de la madre adquiriría importancia suficiente como para justificar regulaciones tendientes a asegurar que el aborto se realice en condiciones favorables para la salud de la madre. Finalmente, la Corte entendió que únicamente en el tercer trimestre el interés estatal en proteger la “vida humana potencial” adquiere la relevancia suficiente como para justificar una regulación prohibitiva del aborto. En síntesis, y teóricamente, sólo hay embrión con vida protegida a partir del sexto mes.

## 2. *Derivaciones de esta jurisprudencia*

Tomando al caso *Casey*<sup>14</sup> como *landmark* en la jurisprudencia post *Roe*, puede decirse que el balanceo jurisprudencial, entre el derecho de la madre a abortar y el interés estatal en la vida humana potencial, se desplegó en torno a los siguientes puntos de discusión: a) Si los estados podían o no establecer la obligación legal de que se realizasen exámenes de viabilidad fetal, previos a procedimientos abortivos correspondientes a los dos primeros trimestres; b) Cuál era el contenido legalmente obligatorio del consentimiento informado previo al procedimiento abortivo, y quién debía darlo; y c) Si los Estados podían o no promover su interés en la vida humana potencial mediante el uso no coercitivo del poder público.

En lo relativo a si los estados podían o no establecer la obligación legal de que se realizaran exámenes de viabilidad fetal, previos a procedimientos abortivos correspondientes a los dos primeros trimestres, la Corte declaró desde temprano que la determinación de la viabilidad fetal variaba de caso en caso, y que dependía por tanto del criterio médico. Entendió que ni la ley ni los jueces estaban legitimados para fijar un momento inflexible a partir del cual debía considerarse viable el feto.<sup>15</sup> Esta temprana declaración de la Corte admitía una doble interpretación. De una parte, implícitamente parecía flexibilizar el rígido esquema trimestral

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 164.

<sup>14</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, 505 US 833 (1992).

<sup>15</sup> *Cfr. Planned Parenthood of Missouri vs. Danforth*, 428 US 52 (1976), pp. 63-65.

de Roe al situar la línea divisoria entre el segundo y el tercer trimestre no en un momento preciso (la semana 28), sino en la aparición de un hecho: la viabilidad fetal. Desde este punto de vista, la obligación legal de realizar exámenes de viabilidad fetal antes de llevar a cabo un aborto podía ser válida, aun si se tratara de abortos a realizarse en el segundo semestre. Pero, de otra parte, aquella misma declaración parecía despojar de validez constitucional a cualquier injerencia legal en la materia, al establecer que se trataba de un asunto exclusivamente médico, situado fuera del ámbito propio de la ley.

De alguna forma esta segunda interpretación fue en parte confirmada más tarde cuando la Corte declaró que la constitucionalidad de las normas que penalizaban la omisión de realizar exámenes de viabilidad fetal estaba condicionada a que determinaran de forma expresa en qué situaciones y/o en qué momento del embarazo los exámenes de viabilidad se tornaban obligatorios.<sup>16</sup> El legislador debía pues definir lo que, en casos anteriores, la Corte había clasificado como un asunto de competencia médica, ajena al ámbito de injerencia estadual. Aunque con pluralidad de fundamentos y una ajustadísima mayoría, la Corte despejó el panorama en Webster afirmando, explícitamente, que las normas podían establecer la obligatoriedad de los exámenes previos de viabilidad, en forma independiente del trimestre en que éstos se mandaran, con la única condición de que la viabilidad fuere posible según los criterios médicos usuales, y los exámenes no fueren riesgosos para la salud de la madre.<sup>17</sup>

Acerca del contenido del consentimiento informado, la Corte declaró la inconstitucionalidad de aquellas normas estaduales que obligaban a incluir información acerca del estado de desarrollo del feto; información acerca de la comparación de los riesgos de los procedimientos abortivos con los riesgos propios del embarazo; e información acerca de la existencia de ayudas públicas y privadas para el cuidado de niños, en caso de que el embarazo se continuara hasta su término natural. También declaró inconstitucional los tiempos obligatorios de espera de 48 horas previos a la realización del procedimiento abortivo. La Corte determinó que todas

<sup>16</sup> *Cfr.* Colautti vs. Franklin, 439 US 379 (1979), pp. 390-397.

<sup>17</sup> *Cfr.* Webster et al. vs. Reproductive Health Services et al., 492 US 490 (1989), pp. 515-521 (voto de Rehnquist, White y Kennedy), 526 (voto concurrente de O'Connor, sosteniendo contra este voto plural que la validación no contrariaba en nada los casos anteriores); y 538 (voto concurrente de Scalia).

estas disposiciones tendían a disuadir a la madre de su elección de abortar y no, en cambio, a informarla sobre los riesgos propios del procedimiento abortivo, lo cual ponía en evidencia que las normas involucradas no promovían tanto el interés en salvaguardar la salud de la madre, sino el interés en salvaguardar la vida humana potencial. Por lo mismo, la normas se apartaban del esquema trimestral de Roe, según el cual sólo el primer interés tenía peso suficiente para legitimar regulaciones no prohibitivas del aborto a partir del segundo trimestre.<sup>18</sup>

En cuanto a quién debía dar el consentimiento, la Corte declaró inconstitucionales las leyes que disponían la obligatoriedad de incluir al padre, e incluso de informarle acerca de la pretensión de la madre de abortar.<sup>19</sup> Asimismo, rechazó la constitucionalidad de las normas que condicionaban la validez del consentimiento de la menor a la concurrencia del consentimiento de sus representantes legales, salvo que se demostrara que la menor carecía de capacidades cognitivas suficientes para tomar una decisión independiente. En este caso, la ley podía exigir que el consentimiento fuera prestado por sus representantes legales sólo si además estatuyó un procedimiento judicial adecuado para suplirlo en caso de que la negativa fuera infundada.<sup>20</sup> Aceptó, en cambio, que las leyes previeran un procedimiento obligatorio de información a los padres acerca de la decisión de la menor de abortar.<sup>21</sup>

Por último, acerca del uso no coercitivo del poder público, la Corte mantuvo de modo consistente —aunque con una mayoría ajustada— que los Estados no estaban obligados a destinar fondos públicos a la promoción del aborto ni a realizar procedimientos abortivos en establecimientos públicos de salud, aún cuando cualquiera de estas elecciones implicara favorecer el alumbramiento por sobre el aborto.<sup>22</sup> Continuando este razonamiento, se sostuvo también que un Estado podía declarar legalmente

<sup>18</sup> *Cfr.* Akron vs. Akron Center for Reproductive Health, 462 US (1983), pp. 443-445; reafirmado luego en Thornburgh vs. American College of Obst. & Gyn., 476 US 747 (1986), pp. 762 y 763.

<sup>19</sup> *Cfr.* Planned... Missouri vs. Danforth, *cit.*, pp. 67-72.

<sup>20</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 72-75; Bellotti vs. Baird, 443 US 622 (1979), pp. 642-644; Akron vs. Akron..., *cit.*, pp. 439-442; Planned Parenthood Assn. vs. Ashcroft 462 US 476 (1983), p. 494.

<sup>21</sup> *Cfr.* Ohio vs. Akron Center, 497 US 502 (1990), pp. 510-519.

<sup>22</sup> *Cfr.* Maher vs. Roe, 432 US 464 (1977), pp. 475-479; Poelker vs. Doe, 432 US 519 (1977), p. 521; Harris vs. McRae, 448 US 297 (1980), p. 325.

que la vida humana comienza con la concepción, siempre y cuando esta declaración no tuviera como efecto práctico un apartamiento del esquema trimestral de balanceo.<sup>23</sup>

En suma, como señaló el voto plural en Webster, la Corte se había transformado progresivamente en una suerte de comité médico con poder legislativo acerca de las más variadas implicancias de los procedimientos abortivos, estableciendo cuánto tiempo de espera podía exigirse legalmente antes de llevar a cabo un aborto; qué asuntos debían ser incluidos en el consentimiento informado y cuáles excluidos; quién podía dar el consentimiento informado; cuándo era legítimo suponer que el feto era viable y cuándo no, y con qué consecuencias, etcétera.<sup>24</sup>

En el camino, la función del esquema tripartito de Roe se fue desdibujando y obscureciendo cada vez más. Se suponía que aquél aportaría criterios claros y precisos acerca del modo de balancear los intereses estatales y el derecho pretoriano de la madre a abortar, pero lo cierto es que únicamente las sentencias concernientes al consentimiento informado constituyen una aplicación sin fisuras del esquema. La resolución del resto de las cuestiones sometidas a la Corte tensionó el esquema hasta quebrarlo, como quedó de manifiesto en especial en Webster, donde cuatro jueces votaron en disidencia,<sup>25</sup> pero no se conformó explícitamente una mayoría, pues en Webster no hubo cinco jueces que reafirmaran o sostuvieran la validez constitucional de Roe.

A esto se suma el hecho de que las decisiones de la Corte fueron tomadas casi siempre, como en Roe, por una ajustadísima mayoría que se mantenía unida en la parte resolutive, pero que se dispersaba en relación a los fundamentos. La disparidad de fundamentos y la nimiedad de las mayorías resultaron, como era de esperar, en un enrevesado cuerpo de reglas que confundió más de lo que aclaró a la comunidad jurídica en general, y a las Cortes estatales en particular. Este estado de confusión fue expresamente reconocido por la mayoría de la Corte en el caso Casey,<sup>26</sup> a partir del cual podría decirse que las cartas volvieron a barajarse.

<sup>23</sup> Webster *et al. vs. Reproductive Health Services et al.*, 492 US 490 (1989), pp. 505-513.

<sup>24</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 517 y 518.

<sup>25</sup> Blackmun y Stevens suscribieron disidencias separadas, y Brennan y Marshall se adhirieron a la disidencia de Blackmun.

<sup>26</sup> Planned... Southeastern Pa. *vs. Casey, cit.*, pp. 944-951: “La tarea de la Corte de Apelaciones en el presente caso se complicó, obviamente, por esta confusión e incerteza...”

En *Casey*, en efecto, la Corte revisó tanto el esquema temporal tripartito como el criterio de balanceo entre derechos e intereses. Con relación al esquema, determinó que era la viabilidad del feto fuera del seno materno y no en cambio el tiempo de embarazo —tercer trimestre— lo que constituía el punto a partir del cual el interés estadual en proteger la vida humana potencial deviene lo suficientemente imperioso como para legitimar la prohibición del aborto. Respecto del criterio de balanceo, admitió que, aún antes de la viabilidad, el interés estadual en proteger y promover la vida humana potencial era lo suficientemente importante como para que los estados legítimamente pudieran promoverlo activamente, siempre y cuando esta promoción no supusiera un obstáculo o una “carga indebida” (*undue burden*) para el ejercicio del derecho a abortar. Sobre esta base, y en contra de lo decidido en casos anteriores, se declaró la constitucionalidad de medidas estaduales tendientes a disuadir a la madre de su decisión de abortar.<sup>27</sup>

### 3. Conclusiones parciales

De esta síntesis jurisprudencial se desprende que el valor jurídico de la vida humana no es uniforme, sino que varía en función de cuál sea la etapa de desarrollo en que se encuentre. Pueden distinguirse al menos tres. La primera correspondería a la de la “vida humana potencial no viable”, que se extiende desde la concepción hasta el momento en que el feto es viable fuera del seno del materno, con o sin asistencia artificial. La segunda etapa correspondería a la de la “vida humana potencial viable”, y abarca desde el comienzo de la viabilidad fuera del seno materno hasta el nacimiento. La tercera es la de la vida humana personal, que comienza con el nacimiento y concluye con la muerte.

Los embriones y pre-embriones entrarían en la primera etapa de este esquema —“vida humana potencial no viable”—, por lo cual podría conceptualizárselos como objeto de un interés estadual en la vida humana potencial no viable, con las siguientes características, según la Corte Suprema estadounidense:

Este estado de confusión y desacuerdo impone el reexamen del ‘derecho fundamental’ correspondiente a la decisión de una mujer de abortar un feto en *Roe*”.

<sup>27</sup> *Cfr. Planned... Southeastern Pa. vs. Casey, cit.*, pp. 874-876.

a) Se trata de un interés estadual o local cuya promoción es facultativa para los Estados.

b) No es un interés lo suficientemente relevante como para justificar la restricción del derecho de la madre a disponer de la vida embrionaria.

c) Es un interés lo suficientemente relevante como para justificar la obligatoriedad de medidas disuasivas de la decisión de abortar (tales como la provisión de información acerca del estado de desarrollo del embrión o feto; acerca de la existencia de ayudas privadas o públicas para la gestación y crianza de los niños; o para su entrega en adopción; y la obligatoriedad de un tiempo de espera entre que se brinda la información y se ejecuta el aborto).

d) Los Estados pueden asumir de modo expreso una posición favorable a la promoción de la vida del embrión, siempre y cuando esto no presente un obstáculo indebido (*undue burden*) para el derecho de la madre a abortar antes de la viabilidad fetal fuera del seno materno.

### III. EL EMBRIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESTADUAL ESTADOUNIDENSE

El carácter facultativo tanto de la promoción como de la determinación del peso del interés estadual en la vida humana potencial no viable—dentro de los márgenes establecidos por la Corte— se manifiesta legalmente a nivel estadual y federal, en un entretreído de los más diversos criterios acerca del estatus legal del embrión.

Este estatus sólo excepcionalmente se encuentra explícitamente definido; tal el caso del estado de Louisiana. En el resto de los estados, así como en el ámbito federal, se lo induce a partir de la regulación de diversas actividades directa o indirectamente vinculadas con el destino de los embriones concebidos *in vitro*.

Las más relevantes de estas actividades son las que conciernen a la reproducción asistida, y a la investigación científica y tecnológica que requiere el uso y en su caso el descarte de embriones. El estatus del embrión estará dado, en lo principal, por la existencia o inexistencia de restricciones a su descarte.

Únicamente las legislaciones de los estados de Louisiana y de Nuevo México prohíben su venta, destrucción o cualquier otro procedimiento que no tuviere por objeto su implantación para su posterior desarrollo, estableciendo la obligación de custodia en cabeza de la clínica en cuyo

ámbito fueron concebidos.<sup>28</sup> En el otro extremo, estados como California, Connecticut, Maryland, Massachusetts y New Jersey expresamente prescriben la obligación de los prestadores médicos de informar al paciente acerca de la posibilidad de descartar los embriones no implantados; sin embargo, estas mismas legislaciones prohíben la venta o comercialización de los embriones para cualquier fin.<sup>29</sup> Otros estados, como Oklahoma, asumen una posición ambigua: aunque sólo autorizan la concepción heteróloga cuando se realiza con fines procreativos, no establecen la misma restricción respecto de la concepción homóloga, ni aclaran cuál es el destino de los embriones que, aún cuando hubieren sido concebidos con el propósito de procrear, no hubieren sido implantados.<sup>30</sup>

En el ámbito federal se prohibió, a partir del gobierno de Clinton, el empleo de fondos públicos para la creación de embriones humanos con fines de investigación o para investigaciones en las cuales los embriones humanos fueran destruidos, descartados o sometidos, a sabiendas, a riesgo, de daño o muerte, mayor que aquel permitido en investigaciones de fetos dentro del útero (Enmienda Dickey).<sup>31</sup> Esta restricción no se extendió a

<sup>28</sup> Cfr. Louis. State. Rev. Ann. 9:126; N. M. Stat. Ann. 24-9A-[1][g]. Para el estudio comparativo de estas dos legislaciones puede consultarse Yang, D. K., “Notes and Comments: What’s Mine is Mine but What’s Yours should also be Mine. An Analysis of State Statutes that Mandate the Implantation of Frozen Preembryos”, *Journal of Law and Policy*, núm. 10, 2002, p. 587.

<sup>29</sup> Cfr. California Health and Safety Code, Sect. 125305; Connecticut General Statutes §19a-32d through 32g; Md. Ann. Code Business and Economic Development §5-2B-10; Mass. Gen. Laws Chapter 111Lo.; N.J. Stat. Ann. §26:2 Z-2.

<sup>30</sup> Cfr. Okla. Stat. Tit. 10, 555. Para un resumen comparativo de la legislación estadual de la procreación asistida, puede consultarse [www.ncsl.org/programs/health/genetics/embfet.htm](http://www.ncsl.org/programs/health/genetics/embfet.htm) (21/02/2011).

<sup>31</sup> Esta prohibición no estaba prescrita en una ley específicamente destinada a regular la investigación científica sobre embriones, sino que se renovó cada año en la ley de presupuesto. La primera vez que se incorporó esta prescripción prohibitiva fue en 1996, por iniciativa del senador Jay Dickey, en la Balanced Budget Downpayment Act, I, Pub. L. núm. 104-99, § 128(2), 110 Stat. 26, 34 (1996). Por ello, se suele denominar a esta prohibición “la Enmienda Dickey”. Para una detallada y completísima descripción de la política federal de financiación de la investigación sobre embriones basada en la “Enmienda Dickey”, cfr. el informe del Consejo de Bioética del presidente: *Monitoring Stem Cell Research. A Report of the President’s Council on Bioethics*, Washington D. C., enero de 2004, pp. 22 y ss., disponible en [www.bioethics.gov](http://www.bioethics.gov) (22/2/2011). Una desapasionada y objetiva reseña cronológica de la legislación estadounidense sobre células madre embrionarias, puede verse en <http://lti-blog.blogspot.com/2009/08/lifting-ban-or-obfuscating-truth-bob.html> (22/2/2011).

las investigaciones financiadas con fondos privados, o con fondos públicos estatales. Pero en marzo del 2009, el presidente Obama emitió la orden ejecutiva 13505, por la cual se eliminaron ciertas restricciones al empleo de fondos federales para investigaciones en nuevas líneas de células madre embrionarias, abriendo el debate acerca de si los investigadores podían crear embriones para luego cosechar células madre. Un par de días después, el mencionado presidente suscribió y prorrogó aquella Enmienda, que mantiene en pie las restricciones ya reseñadas.

Con este entretrejo de criterios legales como trasfondo, la jurisprudencia estatal ha girado fundamentalmente en torno a la cuestión de quién y con qué parámetros tiene derecho a decidir cuál es el destino de los embriones o pre-embryones no implantados, cuando no hay acuerdo al respecto entre los progenitores.

### 1. *Los casos Davis vs. Davis y Kass vs. Kass*

El caso líder (*leading case*) en esta materia fue el famoso caso *Davis vs. Davis*,<sup>32</sup> resuelto por la Suprema Corte del estado de Tennessee en 1992. Se trataba de decidir el destino de siete embriones que habían sido concebidos mediante el procedimiento de fertilización *in vitro* y que, al iniciarse el proceso de divorcio de los progenitores, permanecían crio-preservados en la clínica en la que se les había provisto el tratamiento.

Contra la pretensión de la progenitora, Mary Sue Davis, de que fueran implantados en su útero, el progenitor, Junior Lewis, pretendía que siguieran en el estado de crio-preservación hasta que él decidiera acerca de su destino. Al llegar el caso a la Corte Suprema estatal, ambas partes habían cambiado sus pretensiones. Mary Sue pretendía que fueran donados a alguna pareja que quisiera someterse a un tratamiento de fertilidad, y Junior Lewis pretendía que fueran descartados.

El argumento fundamental de Mary Sue en todas las instancias fue la afirmación de la naturaleza personal de los embriones. Este argumento fue aceptado en la primera instancia, y explícitamente rechazado tanto por el Tribunal de Apelaciones como por la Corte Suprema estatal.

Además de negar el carácter personal de los embriones con fundamento en *Roe vs. Wade*, la Corte estatal negó también que el interés

<sup>32</sup> *Davis vs. Davis*, 842 S.W. 2d. 588, Jun 1, 1992.

estadual en la vida humana potencial, reconocido como legítimo y facultativo para los estados, en *Roe vs. Wade* y reafirmado en *Webster*, fuera lo suficientemente relevante como para decidir la cuestión a favor de la implantación de los embriones. Sobre la base de precedentes jurisprudenciales estatales, y de normas penales y civiles relativas al estatus del feto en el vientre materno, concluyó que el estado de Tennessee no había asumido ningún interés en la vida humana potencial de los embriones no implantados.

Los embriones no implantados no eran ni objeto del interés estadual en la vida humana potencial, ni mucho menos personas. Aún así, la Corte insistió en que conformaban una categoría conceptual intermedia entre la propiedad y la *personalidad*, a la cual se le debía un especial respeto por su potencialidad para transformarse en persona. Esta categoría intermedia estaba, de todas formas, más cerca de la propiedad que de la *personalidad*: los derechos de los progenitores sobre los embriones no implantados eran “de la naturaleza de los derechos de propiedad”, e incluían el derecho a decidir su descarte.<sup>33</sup>

Sobre esta base conceptual, la Corte sentó el principio interpretativo de que, cuando no existiere acuerdo entre las partes, los tribunales deben decidir el asunto mediante un balanceo de los intereses contrapuestos. Aplicando este principio interpretativo al caso, sentó la regla de que el interés de una de las partes en obviar la paternidad o maternidad (en este caso el marido) es más fuerte o pesado que el interés de la contraparte (en este caso la mujer) en donar los embriones para su implantación.

*Kass vs. Kass*<sup>34</sup> continuó el desarrollo del *common law* estadual en lo que respecta al modo de decidir el destino de embriones no implantados, en supuestos de desacuerdo entre los progenitores. En este caso, a diferencia de lo que ocurrió en *Davis*, existía un acuerdo escrito previo entre las partes que establecía que si en el futuro las partes no pudieran acordar el destino de los embriones no implantados, serían donados para su uso en investigaciones científicas sobre reproducción asistida.

A pesar de que el acuerdo firmado entre las partes y la clínica fue luego ratificado en el acuerdo de divorcio, la mujer se opuso a la disposición de los embriones, poco tiempo después de firmar ambos documentos, y

<sup>33</sup> *Cfr. Davis vs. Davis*, 842 S.W. 2d. 588 [63].

<sup>34</sup> *Kass vs. Kass*, 91 N.Y.2d 554, 696 N.E.2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998).

solicitó que le fueran implantados contra la pretensión del marido de que se ejecutaran ambos acuerdos. En todas las instancias judiciales, la discusión giró en torno a la correcta interpretación del acuerdo firmado entre las partes y la clínica.

La Corte estadual concluyó que este acuerdo era claro en el sentido de que los embriones no implantados debían destinarse a la investigación científica en el supuesto de desacuerdo de las partes, confirmó la sentencia de la instancia anterior y dispuso que se les diera este destino.<sup>35</sup>

## 2. Conclusiones parciales

De la conjunción de ambas sentencias pueden extraerse al menos las siguientes reglas sustanciales e interpretativas:

a) Los embriones no implantados no son conceptualmente personas, por lo cual no existe un deber jurídico de implantarlos, desde el punto de vista del derecho a la vida. Sin embargo, en principio son objeto de un “respeto especial” por su potencialidad para devenir personas, que aunque no se confunde con el respeto debido a la dignidad de la persona, pretende distinguirse del trato debido a los objetos de intereses o derechos de propiedad.

b) El derecho de la madre a disponer de la vida del embrión, reconocido en Roe como dimensión del derecho a la privacidad, se refiere a los embriones ya implantados en el seno materno. Por esta razón, la madre no tiene derecho a prescindir de la decisión o de los intereses del padre, para implantar, donar o descartar los embriones congelados fuera del seno materno.

c) El destino de los embriones no implantados se rige en principio por la decisión unánime de los progenitores. Cuando están en desacuerdo, rige el convenio escrito previo a su concepción, si es que éste existe y es unívoco.

d) Si no hay acuerdo escrito previo, o si el acuerdo es ambiguo, el destino de los embriones debe decidirse mediante un balanceo de los intereses contrapuestos, teniendo en cuenta el “respeto especial” debido a los embriones.

<sup>35</sup> Kass vs. Kass, 91 N.Y.2d 554 [64].

e) Sin embargo, este “respeto especial” sólo es un criterio interpretativo relevante en los supuestos en que el destino de los embriones debe decidirse judicialmente, ante el desacuerdo entre los progenitores, y frente a la ausencia de un acuerdo escrito en el cual se dirima la cuestión. El “respeto especial” no condiciona de ningún modo, en cambio, el acuerdo de voluntades de los progenitores.

f) Por otra parte, el “respeto especial” no tiene el peso suficiente en el “contrabalanceo” de intereses como para imponer la implantación del embrión. Al contrario, en este contrabalanceo pesa más el interés de una de las partes en no gestar un hijo, que el interés de la parte contraria en gestarlo o en donarlo para su implantación.

### 3. *La voluntad como determinante último del valor del embrión*

El carácter vinculante de la voluntad común de las parejas expresada en convenios escritos entre ellos mismos, o en entre ellos y las clínicas, fue reafirmado en *Litowitz*,<sup>36</sup> incluso contra la voluntad común posterior de las partes de obrar de modo distinto a lo convenido.

Se discutía en este caso el destino de embriones concebidos con el gameto del marido, y con un óvulo donado a la pareja por una tercera mujer. El convenio entre la pareja *Litowitz* y la clínica establecía que si los embriones no se hubieren implantado en el plazo de cinco años después de su concepción, la clínica debía descongelarlos —destruirlos—. Transcurrido este plazo, en el contexto de un juicio de divorcio, ambas partes manifestaron su voluntad de que los embriones que aún quedaban congelados fueran implantados. La discusión no versaba sobre si debían implantarse o no, sino acerca de a quién le debían ser implantados. La mujer pretendía que le fueran implantados a ella, y el ex esposo pretendía que fueran donados a otra mujer. Aunque la Corte estadual no resolvió la cuestión, puesto que no se había producido prueba en el proceso acerca de que los embriones siguieran existiendo, adelantó que el destino de los mismos, si se probare su existencia, debía regirse por los términos del contrato; por ejemplo, debían ser descongelados —destruidos—.

<sup>36</sup> *Litowitz vs. Litowitz*, 48 P.3d 261 (Wash. 2002).

En *A.Z. vs. B.Z.*,<sup>37</sup> la Corte Suprema de Massachusetts rechazó la pretensión de la progenitora de que se ejecutara la cláusula del convenio firmado entre la clínica y ambos progenitores, según la cual en caso de separación los embriones serían implantados a pedido de cualquiera de las partes. Entre otras razones, adujo ese tribunal que forzar a una persona a convertirse en padre o madre era contra el orden público (*public policy*), aun cuando se hubiera obligado contractualmente a procrear.

El acuerdo o contrato fue privilegiado en *In re Marriage of Witten*,<sup>38</sup> por la Corte Suprema del estado de Iowa, y reafirmado luego, como *obitum dictum*, en *Roman vs. Roman*.<sup>39</sup> En *Marriage of Witten* se sostuvo que si las partes no pueden llegar a un acuerdo, los embriones congelados no pueden ser utilizados; ello, sin parar mientes en lo que estableciera un previo acuerdo escrito de disposición. En *Roman vs. Roman* se sostuvo la validez y exigibilidad de un acuerdo sobre embriones, celebrado entre los ex esposos, que establecía que los embriones congelados debían ser descartados en caso de divorcio. Estos dos precedentes confirman, pues, la regla interpretativa según la cual el primer elemento para definir el destino de los embriones no implantados es la voluntad común de la pareja que suscribe un tratamiento de fertilización *in vitro* —sean o no ambos progenitores—, expresada en convenios previos al inicio de dicho tratamiento.

Esa regla interpretativa convive con la excepción emergente de *A.Z. vs. B.Z.*: los convenios anteriores al inicio del tratamiento son inoponibles al progenitor que pretende eliminar los embriones no implantados, aún cuando en el contrato se hubiere obligado a lo contrario. En otras palabras, es nula la cláusula que obliga a cualquiera de las partes a consentir la implantación de los embriones en sí misma (en el caso de la mujer) o en una tercera persona.

#### 4. Conclusiones parciales

De los interesantes casos, reseñados precedentemente, puede inferirse que:

a) En principio, el destino de los embriones se rige por la voluntad de los progenitores, plasmada en los contratos previos a la concepción del embrión.

<sup>37</sup> *A.Z. vs. B.Z.*, 431 Mass. 150, November 4, 1999-March 31, 2000, Suffolk County.

<sup>38</sup> *In re Marriage of Witten*, 672 N.W.2d 768 (Iowa 2003).

<sup>39</sup> *Roman vs. Roman*, 193 S.W.3d 40 (Tex.App.Hous. (1 Dist.) 2006).

b) Sin embargo, el contrato carece de fuerza vinculante en lo que concierne a la implantación del embrión, para lo cual se precisa la voluntad concomitante y actual gestar de ambos progenitores.

c) Por lo mismo, cualquiera de los progenitores posee un poder de “veto” en lo que concierne a la implantación del embrión, ya en el seno materno, ya en el seno de una tercera mujer.

#### IV. EL EMBRIÓN EN EL DERECHO JUDICIAL CONSTITUCIONAL ARGENTINO

La jurisprudencia argentina, en la materia objeto de este estudio, se exhibe rica en interpretaciones sólidamente afirmadas. Aunque es joven la práctica constitucional en materia de embriones, ello no impide reseñar los siguientes precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como de otros tribunales.

##### 1. *Los casos Tanus, Portal de Belén y Sánchez*

En los fallos *Tanus*<sup>40</sup> y *Portal de Belén*,<sup>41</sup> el más alto tribunal argentino determinó el sentido y el alcance del principio constitucional del derecho fundamental a la vida, en relación con los embriones. De la conjunción de ambas sentencias emerge la regla interpretativa, según la cual este principio rige respecto de los embriones, con el mismo alcance que respecto de una persona nacida, sin distinción de grado de desarrollo ni de perspectivas de viabilidad.

En el caso *Tanus*, la mayoría de la Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la autorización solicitada por el directorio de un hospital público para inducir el parto de un feto anencefálico. En la fundamentación de su decisión, la Corte señaló que, aunque la autorización para llevar a cabo la inducción había sido solicitada en la semana número veinte de gestación, en el momento en que el caso fue sometido a decisión de la Corte, la madre llevaba ocho meses de embarazo. A juicio de la Corte, esta diferencia temporal permitía distinguir la inducción solicitada del aborto. Explicó, en este orden de ideas, que

<sup>40</sup> T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, fallos: 324: 5 (2001).

<sup>41</sup> *Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, fallos: 325: 292 (2002).

la muerte del feto anancefálico fuera del seno materno, una vez que ha alcanzado la etapa de viabilidad extrauterina, no es atribuible a la inducción temprana del parto, sino a la enfermedad congénita.

No se trataba pues, según la Corte, de decidir acerca de la juridicidad constitucional del aborto, sino acerca del modo en que deben conciliarse el ejercicio del derecho a la salud de la madre, y el ejercicio del derecho a la vida y a la salud del feto anancefálico. Teniendo en cuenta que, en el octavo mes, la inducción al parto no alteraba el destino ineludible de muerte del niño fuera del seno materno, la Corte entendió que en el caso concreto la inducción al parto no alteraba el contenido esencial ni del derecho a la vida ni del derecho a la salud del feto.

Dejando en suspenso el análisis de su validez lógica, a los fines de este trabajo interesa reparar en las premisas normativas del razonamiento de la Corte; en particular, en la interpretación de que el derecho fundamental a la vida humana rige a partir del momento de la concepción, según lo establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (L. 23054),<sup>42</sup> y por el artículo 2o. de la L. 23849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño.<sup>43</sup>

En el caso Portal de Belén, la Corte reafirmó esta interpretación normativa y, además, precisó que la concepción se produce con la fecundación. El recurso argumental, en apoyo de esta interpretación, consistió en la cita de la opinión de diversos genetistas y biólogos, en el sentido de que: “es un hecho científico que la ‘construcción genética’ de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente, pues ‘el ADN del huevo’ contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”.<sup>44</sup>

Desde el punto de vista fáctico, la Corte dio por probado que un anticonceptivo cuya comercialización y distribución había sido autorizada

<sup>42</sup> Artículo 4o. “Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

<sup>43</sup> Artículo 2o. “Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones:... Con relación al artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. *Cfr.* cons. 11.

<sup>44</sup> Cons. 7o.

por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, actuaría con tres mecanismos subsidiarios. Por una parte, a) Impediría la ovulación o b) Funcionaría como espermaticida. Ello no planteaba ningún reparo constitucional, desde el punto de vista del derecho a la vida del embrión. Subsidiariamente, para el supuesto de que los dos mecanismos primarios no se hubiesen activado exitosamente, el anticonceptivo cuestionado actuaría c) Modificando el endometrio e impidiendo la implantación del embrión.

Sobre la base de estas premisas normativas y fácticas, la Corte Suprema revocó la sentencia de la instancia anterior, que había legitimado la autorización emitida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para su comercialización y distribución.

Con posterioridad a estos fallos, si bien sin referencia específica a la hipótesis del aborto, la Corte Suprema reconoció la personalidad del por nacer en Sánchez,<sup>45</sup> y al hacerlo así, calificó al nonato comprendido en ese triste caso de “persona ‘por nacer’, vale decir, una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil”.<sup>46</sup>

## 2. Conclusiones parciales

Los principios y reglas reconocidos y determinados en ambas sentencias, respecto del estatus jurídico del embrión, podrían, pues, desplegarse en los siguientes puntos:

a) La personalidad jurídica se reconoce en el derecho constitucional argentino desde el momento de la concepción, y ello surge de la normativa así como de la jurisprudencia que la aplica.

b) La concepción se produce con la fecundación.

c) Debe prohibirse cualquier acción dirigida a interrumpir el desarrollo del embrión a partir del momento de la fecundación, aun cuando esta interrupción sea sólo eventual o probable.

<sup>45</sup> Sánchez, Elvira Berta c/ Mo. JyDDHH, artículo 6o. L. 24411 (resol. 409/01), fallos: 330: 2304 (2007), donde recordó: “[E]l artículo 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el artículo 63 señala como especie del género ‘persona’ a las ‘personas por nacer’, definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”. (cons. 9o.). Ampliar en Barra, Rodolfo C., “La Corte Suprema protege el derecho a la vida”, *Clarín*, 14/6/2007.

<sup>46</sup> *Ibidem*, cons. 11.

d) El debate científico acerca de la distinción entre pre embriones y embriones, o entre embriones viables e inviables, carece pues de toda relevancia jurídica.

## V. EL EMBRIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES

Puede adelantarse que la vida embrionaria constituye vida personal en la nutrida jurisprudencia de otros tribunales. En rigor, esta jurisprudencia, relativa al estatus jurídico del embrión, se ha articulado, de modo prioritario, en el contexto de la discusión de dos órdenes de cuestiones: de una parte, la constitucionalidad de las políticas locales de control de natalidad, y de otra, la determinación del destino que debe darse a los embriones congelados en procesos de fertilización *in vitro*. El contexto legal en el cual se encuadran ambos debates está configurado de modo prioritario por las normas locales de salud sexual y reproductiva. Reseñemos tal debate.

### 1. *Cuestiones de control de natalidad*

La tendencia a regular a nivel local el derecho fundamental o constitucional a la salud, con particular relación a la salud sexual y reproductiva, comenzó en la década de los noventa y continúa desarrollándose hasta la fecha. Se trata, pues, de un proceso que comenzó algunos años antes de la reforma constitucional del 1994, y por lo menos una década antes de que la Corte se pronunciara en el caso Portal de Belén sobre la inconstitucionalidad de las políticas de control de natalidad que acepten métodos antiimplantatorios, o abortivos en general.

Sin embargo, todas las normas promulgadas antes y después de la reforma del 94 condicionan la prescripción y provisión médica de anticonceptivos a su carácter no abortivo. Esta misma condición se prevé también en la L. 25673, promulgada en 2002.<sup>47</sup> Aunque esta norma rige

<sup>47</sup> L. 25673, artículo 6o.: “La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá:... b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, *no abortivos* y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica

respecto de las prestaciones de salud sujetas a la jurisdicción de la cartera de Salud de la nación, faculta a las jurisdicciones locales a adherirse al programa de salud creado en ese mismo acto normativo. De forma que, ya directamente, ya indirectamente mediante la adhesión a ese programa nacional, un rasgo general de la regulación local de la salud sexual y reproductiva es la proscripción generalizada de los métodos abortivos de planificación familiar.

No obstante esta proscripción, algunas de estas normas o sus reglamentaciones incluyen una enumeración de los métodos anticonceptivos permitidos, sin distinguir los que actúan inhibiendo la fecundación, de aquellos otros que potencialmente actúan inhibiendo la implantación del óvulo fecundado.<sup>48</sup> Esta imprecisión normativa fue objeto de debate judicial en pluralidad de ocasiones después de Portal de Belén. Veamos:

#### A. *San Luis*

En Asociación Civil Familia y Vida,<sup>49</sup> la justicia puntana declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 2o., inc. c), de la ley provincial 5344 de salud sexual y reproductiva, y del artículo 4o. de su decreto reglamentario 127/2003. La primera de estas normas prescribe que “la provincia de San Luis, a través del Ministerio de Salud, brindará a toda la población que lo requiera, información, asistencia y orientación para la procreación responsable, a los fines de asegurar y garantizar el derecho humano a decidir libre y responsablemente sobre las pautas reproductivas y la planificación familiar”.<sup>50</sup> La segunda determinó que la asistencia que debe brindar el Estado provincial para la procreación responsable se traduce en la prescripción, el suministro y la colocación de métodos anticonceptivos en establecimientos asistenciales dependientes del Estado provincial.<sup>51</sup>

específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT” [las cursivas son mías].

<sup>48</sup> *Cfr.* la denominada “anticoncepción hormonal de emergencia” de la Res. 232/2007 del Ministerio de Salud.

<sup>49</sup> Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral núm. 2 de San Luis, Familia y Vida Asociación Civil c. Estado Provincial s. amparo, expte. núm. 18-F-2002, del 21/3/2005.

<sup>50</sup> L. 5344, artículo 1o.

<sup>51</sup> Dto. 127/03, artículo 4o.

El tribunal entendió que este plexo normativo era inconstitucional porque no excluía de modo explícito a los anticonceptivos antiimplantatorios de la obligación estadual genérica de prescribir, suministrar y colocar anticonceptivos en los establecimientos públicos. Textualmente, sostuvo:

[D]esde el momento en que su utilización (por ejemplo, colocación) no era prohibida en forma expresa en el texto normativo, en realidad, se lo estaba permitiendo tácitamente y ello, no sólo por la vigencia del principio constitucional que está permitido todo aquello que no está prohibido (artículo 19, Constitución Nacional), sino porque en la reglamentación de la L. 5344 sólo se prohíbe que los médicos ‘prescriban’ (sic, artículo 5o., dto. 127/2003) métodos anticonceptivos que sean ‘abortivos’, y porque, además, constituye un hecho público y notorio la indefinición que existe en las autoridades sanitarias respecto de los efectos abortivos que tienen algunos métodos de anticoncepción.<sup>52</sup>

Fundamentó esta aserción en la interpretación de que en Portal de Belén la Corte federal habría sentado la regla según la cual *todo* método anticonceptivo postcoital o de emergencia tiene efecto abortivo —y no únicamente el que se comercializa con la denominación *Inmediat*—: “[E]merge el principio jurídico de que todo método de contracepción postcoital de emergencia (ya sea interceptivo o contragestivo) tiene efecto abortivo y, por tanto, constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior”.<sup>53</sup>

### B. Córdoba

Similar a la L. 5344 de San Luis, la L. 9073 que instauro y regula el denominado “Programa de maternidad y paternidad responsables” en la provincia de Córdoba condiciona de forma genérica la prescripción y el suministro de anticonceptivos en establecimientos asistenciales a su carácter no abortivo. Sin embargo, a diferencia de la primera, esta norma cordobesa enumera de modo taxativo, en su artículo 6o., los anticonceptivos permitidos, excluyendo de la enumeración a los contraceptivos de emergencia y al dispositivo intrauterino. Y aunque en su artículo 7o. faculta a

<sup>52</sup> Cfr. cons. 3.3.

<sup>53</sup> *Idem*.

la autoridad la aplicación para incorporar nuevos métodos, condiciona el ejercicio de esta facultad a la aprobación de los métodos por las autoridades nacionales competentes.

La situación normativa en Córdoba era, pues, similar pero no idéntica a la establecida por la ley puntana, ya que una interpretación integral de la norma cordobesa conduce a entender que dentro de los métodos “nuevos”, que puede aprobar la autoridad de aplicación, no se incluyen aquellos, como el dispositivo intrauterino o la contracepción de emergencia, que fueron excluidos del listado del artículo 6o., a pesar de que existían de modo público y notorio al momento de sancionarse la norma.

Esta diferencia normativa explica, quizá también, las diferencias entre las sentencias. En *Mujeres por la Vida*,<sup>54</sup> el voto mayoritario de la cámara cordobesa no declara la inconstitucionalidad de la norma, sino la ilegalidad e inconstitucionalidad de una vía de hecho del Poder Ejecutivo provincial consistente en el suministro gratuito de los denominados anticonceptivos de emergencia en establecimientos asistenciales públicos. La ilegalidad de este proceder se fundó, precisamente, en la incongruencia del acto de facto con el artículo 6o. de la L. 9073. La inconstitucionalidad se fundó casi exclusivamente en los principios y reglas sentados por la Corte Suprema en Portal de Belén, con una interpretación parcialmente diferente de la que realizó la cámara puntana.

La principal distinción entre ambas resoluciones radica en la fundamentación y en el alcance de la regla, según la cual la contracepción de emergencia debe prohibirse por su carácter abortivo. Según la cámara puntana, como se dijo, la Corte habría sentado en Portal de Belén una suerte de presunción *iure et de iure* de que todo anticonceptivo postcoital funciona con un mecanismo antiimplantatorio. La cámara cordobesa fue en cambio un poco más cauta, no se refirió al momento de ingesta del fármaco, sino a sus efectos propios sobre el endometrio: un anticonceptivo sería abortivo, según este tribunal, si entre los efectos propios del fármaco se incluye la obstaculización de la implantación del óvulo fecundado.

<sup>54</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a. Nominación, sentencia núm. 93, *Mujeres por la Vida-Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, Amparo, Recurso de apelación*, expte. núm. 1270503/36, del 7/8/2008 (mayoría: doctores Mario Sarsfield Novillo y Mario R. Lescano. Minoría (rechazo del amparo): doctor Julio C. Sánchez Torres).

El alcance de esta regla es, pues, en parte más amplio y en parte más restringido que el de la regla sentada en Asociación Civil Familia y Vida. Es más amplio, porque el momento en que se recomienda la ingesta es indiferente para determinar el carácter abortivo o no de la droga, por lo cual podría extenderse también a anticonceptivos de ingesta previa al acto sexual. Es más restrictivo, porque la declaración de inconstitucionalidad no se extiende a todos los anticonceptivos de ingesta postcoital, sino sólo a aquellos respecto de los cuales se presume que de modo principal o subsidiario operan, impidiendo la implantación del embrión.

La proyección sobre el derecho del debate científico acerca del carácter antiimplantatorio de la anticoncepción de emergencia sitúa al voto mayoritario de Mujeres por la Vida en un punto intermedio entre dos opiniones opuestas: de una parte, la opinión en Asociación Civil Familia y Vida, según la cual en Portal de Belén se habría sentado algo así como una presunción *iure et de iure* de que todo método anticonceptivo de ingesta postcoital actúa impidiendo la implantación del embrión y, por esto mismo, es abortivo; de otra parte, la opinión según la cual el respeto del derecho de la mujer a la salud reproductiva se plasma procesalmente en la exigencia de que se demuestre de modo fehaciente el carácter abortivo o antiimplantatorio de la anticoncepción de emergencia en cuestión para justificar su prohibición.<sup>55</sup>

El voto mayoritario en Mujeres por la Vida no niega el debate científico ni considera que en Portal de Belén se habría resuelto de modo definitivo su proyección normativa. Considera, sin embargo, que la duda científica es razón suficiente para justificar la prohibición de la anticoncepción de emergencia, en aplicación del principio *pro homine*.<sup>56</sup>

Por último, como variación de la línea argumental que exige pruebas fehacientes del carácter abortivo o antiimplantatorio de la anticoncepción de emergencia para justificar su prohibición, también se ha sostenido que el carácter subsidiario o eventual del desencadenamiento del mecanismo antiimplantatorio no se aviene a tal exigencia de certeza. Ello se traduce en la siguiente regla probatoria: la única razón suficiente para justificar la prohibición de la prescripción o suministro de la anticoncepción de emer-

<sup>55</sup> Cfr. M.N.F. c. Municipalidad de Rosario, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial de 5ta. Nominación de Rosario, 18/06/08, cons. V.

<sup>56</sup> Cfr. opinión del juez Sarsfield Novillo que conformó el voto mayoritario, cons. 11.

gencia es la prueba fehaciente de que actuará frustrando la implantación en el caso concreto en que se la prescribe o suministra.<sup>57</sup>

### C. *Cuestiones formales*

Así como algunos años atrás se obvió el pronunciamiento, por razones formales, en supuestos en que se cuestionaba la constitucionalidad de decisiones de salud sexual y reproducción desde el punto de vista del derecho a la vida del embrión,<sup>58</sup> así resultaron convalidadas —también por razones formales— políticas locales de salud sexual.<sup>59</sup>

### D. *Dogmatismo*

En otro caso que tramitara en el ámbito bonaerense, se dispuso la colocación de un dispositivo intrauterino en una menor de edad, sin considerar en absoluto la cuestión de su carácter antiimplantatorio o abortivo.<sup>60</sup>

## 2. *Conclusiones parciales*

De este acotado y aún incipiente *corpus* jurisprudencial puede extraerse la conclusión general de que, al menos desde Portal de Belén, el debate jurisprudencial a nivel local no gira en torno al carácter personal del embrión —cuestión que no se pone en duda—, sino a la determinación del modo adecuado de hacerlo valer frente al ejercicio del derecho a la salud reproductiva de la madre. De modo prioritario, la discusión se centra en las consecuencias normativas del debate científico acerca del mecanismo

<sup>57</sup> *Cfr.* voto minoritario del juez Sánchez Torres en *Mujeres por la Vida*, cons. 15 y ss.

<sup>58</sup> *Cfr.* Morales, Rosa Nérida s/ aborto en Moreno, causa núm. 2785, querrela; fallos: 319: 3010 (1996) (maniobras abortivas); P. F. V. s/ amparo; fallos: 328: 339 (2005) (autorización para adelantar el parto de un feto anencefálico).

<sup>59</sup> Cra. Fed. de Córdoba, Sala A, Cuerpo de copias en autos *Mujeres por la Vida-Asociación Civil sin Fines de Lucro (Filial Córdoba) c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, del 19/03/2003 (falta de legitimación activa de la actora, inadmisibilidad de la acción por inexistencia de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta de la ley nacional impugnada, y por hallarse comprometida una actividad esencial del Estado).

<sup>60</sup> *Cfr.* Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial —Sala I— *La Matanza, P. C. S. y C., L. A. s/ fuga del hogar*, expte. núm. 167 / 1 Res. Def. núm. 4/1, del 18/12/2001.

antiimplantatorio de la anticoncepción de emergencia y del dispositivo intrauterino, o cualquier otro anticonceptivo que actuare o pudiere actuar frustrando el desarrollo del embrión. Sobre este punto, las posturas enfrentadas serían las siguientes:

a) La de quienes sostienen que todo método anticonceptivo postcoital debe ser considerado antiimplantatorio por el derecho y, en esta medida, abortivo.

b) La de quienes aplican el principio *pro homine* a favor de la continuidad de la vida del embrión, y prohíben la prescripción y el suministro de cualquier anticonceptivo cuyo mecanismo antiimplantatorio o abortivo, en general, no estuviere descartado por la ciencia de modo unánime.

c) La de quienes aplican el principio *pro homine* a favor de la madre, y exigen una opinión científica unánime acerca del carácter antiimplantatorio o abortivo, en general, de un anticonceptivo para justificar su prohibición.

### 3. *Estatus del embrión en la discusión sobre técnicas de fecundación in vitro*

Como en el derecho estadounidense, la Corte Suprema argentina no se ha pronunciado aún en punto a la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las técnicas de reproducción humana asistida que, de modo directo o secundario, disponen el descarte —por ejemplo, la destrucción— de los embriones. A pesar de que numerosos proyectos de ley<sup>61</sup> han sido presentados, el tema no ha sido, hasta el momento, receptado en la legislación. En cambio, el problema fue discutido y resuelto en el ámbito judicial por lo menos en un importante caso que se analiza enseguida, y que se sintetiza en la sección “5.4. Conclusiones parciales:”, así como en otros casos que se reseñan en la sección 5. Casos posteriores.

La primera y más resonante resolución judicial se produjo en el precedente Rabinovich,<sup>62</sup> de la Cámara Civil situada en Buenos Aires. En esta ocasión se dispuso una serie de medidas tendientes a garantizar el derecho

<sup>61</sup> A título de mero ejemplo, puede citarse el expediente núm. 4423-D-2010, Trámite Parlamentario 080 (22/06/2010) sobre Régimen de Reproducción Humana Asistida y de Crioconservación, suscrito por Silvana M. Giudici, Silvia Storni, Agustín A. Portela y Juan P. Tunessi.

<sup>62</sup> CNAC, Sala I, expte. 45882/93, Rabinovich Ricardo David s/ medidas precautorias, del 3/12/1999.

a la vida y a la salud de los embriones que, hasta el momento del dictado del fallo, estuvieren crío-conservados por instituciones públicas o privadas que operan en dicha ciudad. La sentencia, resuelta por unanimidad, se fundó en consideraciones análogas a las que, dos años más tarde, acogió la Corte Suprema en los casos Tanus y Portal de Belén.

En primer lugar, se determinó que, desde el punto de vista del derecho argentino, la vida personal comienza con la concepción; ello, con base en una lectura sistemática de todos los tratados internacionales de derechos humanos, tratados que poseen rango constitucional según el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. En este orden de ideas, se destacó que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, utilizan a modo de sinónimo los conceptos de hombre, ser humano, individuo y persona. Y se entendió que el principio acogido en el artículo 51, CC,<sup>63</sup> según el cual es persona todo ente que presente signos característicos de humanidad, posee rango constitucional.

Pero aunque todo hombre sea considerado persona a los efectos constitucionales, la definición del estatus jurídico del embrión incluye la determinación de cuándo o a partir de qué momento comienza, para el derecho, la existencia del hombre-persona. Para resolver este punto, la cámara aplicó el artículo 4.1 ya citado,<sup>64</sup> como haría la Corte Suprema más tarde en Portal de Belén. Sin embargo, a diferencia de la Corte, la cámara reparó en la devaluación que podría representar la expresión “en general”, utilizada en esa norma, para la protección de la vida del nonato; y resolvió esta particularidad semántica mediante una interpretación sistemática que integró esta norma con la declaración interpretativa introducida por Argentina en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde su concepción.<sup>65</sup> Se concluyó sobre esta base en que el citado artículo 4.1, leído integralmente con esta declaración, no debía comprenderse en sentido restrictivo del derecho a la vida del nonato.

<sup>63</sup> Artículo 51: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

<sup>64</sup> Transcrito *supra* nota 42.

<sup>65</sup> Transcrita *supra* nota 43.

También, a diferencia de la Corte en Portal, la cámara consideró la posibilidad lógica de interpretar que las declaraciones y reservas no posean el mismo rango jurídico-constitucional que el cuerpo del tratado. Opuso a esta posibilidad la frase final contenida en el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, según la cual los tratados poseen rango constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Ello, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema, debe referirse a las condiciones que, de modo efectivo, rigen las obligaciones del Estado en el ámbito internacional.<sup>66</sup>

Como en Portal, se determinó que la concepción se produce con la fecundación. Sin embargo, mientras que la Corte en Portal se apoyó en la autoridad de la ciencia, la cámara en Rabinovich sujetó la autoridad de la ciencia para definir el sentido del concepto *concepción* a una determinación normativa de su ámbito de referencia. En este sentido, dio por evidente que el derecho argentino invalida cualquier interpretación semántica que refiera el concepto de concepción a un evento posterior a la implantación, como ser la aparición del sistema nervioso, la morfología humana o, incluso, el nacimiento. Por último, sostuvo la individualidad de la persona en el embrión y, en el caso de que suceda, en los gemelos monocigóticos resultantes de la división de aquél; y resolvió la cuestión de la humanidad y de la personalidad del ovocito pronucleado (por ejemplo, embrión en el estadio anterior a la fusión de los núcleos de los gametos femenino y masculino) de esta manera: ese ovocito debía recibir el mismo trato jurídico que las personas, “no por aseverar que lo sea... sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre, lo cual, a su vez, en los hechos obliga a respetar su vida e integridad, como si fuera una persona, sujeto de esos derechos”.

#### 4. Conclusiones parciales

El *iter* argumental adoptado por la cámara podría, pues, sintetizarse en las siguientes proposiciones:

a) Una lectura integral o sistemática de los instrumentos internacionales con rango constitucional permite afirmar que todo ser humano es persona para el derecho argentino, desde el momento de la concepción.

<sup>66</sup> *Cfr.* cons. VI, citando Giroldi, Horacio D. y otros s/ recurso de casación, causa núm. 32/93, fallos: 318: 514 (1995).

b) El sentido jurídico del concepto “concepción” se refiere a la fecundación.

c) Las teorías científicas, bioéticas y jurídicas que condicionan la personalidad de los seres humanos concebidos al acaecimiento de cualquier evento que se produce en algún momento posterior a la fecundación, son inadmisibles desde el punto de vista jurídico.

d) Aunque es dudoso si la fecundación se ha producido o no, aún en el caso del ovocito pronucleado, la duda debe ser resuelta en sentido positivo, a favor de la vida.

### 5. *Casos posteriores*

En casos posteriores a Rabinovich, la discusión en torno al estatus jurídico del embrión giró en torno a la pretensión, de los progenitores, de que la obra social de la cual eran beneficiarios cubriera el costo del tratamiento de fertilización asistida. Así planteada la pretensión, el problema de la personalidad del embrión, o bien se ignoró de modo total en la fundamentación de las sentencias, o bien desempeñó un rol secundario, ya que lo que pareció prevalecer es el derecho a la salud de los adultos accionantes.

De los siete jueces que intervinieron en los tres casos<sup>67</sup> que aquí se consideran, uno resolvió a favor de la pretensión de los progenitores, sin aludir en modo alguno al problema del estatus jurídico de los embriones ni, mucho menos, del destino de los embriones no implantados;<sup>68</sup> la argumentación giró de modo pleno en torno al carácter operativo del derecho a la salud, reconocido en normas de todo rango, y los principios que rigen a las obras sociales; los otros dos jueces resolvieron también en forma favorable al derecho a la salud, pero fundamentaron la omisión de pronunciarse acerca de la personalidad del embrión con el argumento procesal de que no era la cuestión sometida a debate, y con el argumento de fondo

<sup>67</sup> Juzg. CAyT núm. 6 de la C. A. B. A., A. M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, 20/11/07, LL 2008-A, 148, El Dial AA439C (sentencia confirmada por la CCAyT de la C. A. B. A.); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, S. A. F y A. H. A c. IOMA, 15/12/08, LL 2009-A, 408; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Loo, Hernán Alejandro y otra vs. IOMA y otra, 29/12/08, *www.cij.gov.ar* al 5/4/2011.

<sup>68</sup> Cfr. Juzg. CAyT núm. 6..., *cit.* (jueza P. López Vergara).

de que la conceptualización jurídica del embrión constituiría una cuestión ética y/o religiosa excluida del ámbito de injerencia de un Estado laico.<sup>69</sup> Contra la pretensión de que el descarte de embriones estaría proscripto por la normativa local de salud reproductiva, en cuanto que condicionaba la prescripción y el reparto de métodos anticonceptivos a su carácter “no abortivo”, argumentaron que este condicionamiento se refiere de modo exclusivo a los métodos anticonceptivos, y que era un contrasentido sostener que un método de fertilización, destinado a la procreación, pudiera ser considerado abortivo.<sup>70</sup> Ninguno de estos tres jueces hizo referencia a la jurisprudencia sentada por la Corte en Portal, ni al precedente Rabinovich.

Los cuatro jueces restantes, en cambio, asumieron como válida y vinculante a la jurisprudencia emergente de Portal y, en algún caso, como válida —mas no vinculante por los distintos órdenes de jurisdicciones comprendidos— a la jurisprudencia emergente de Rabinovich. Aún así, sólo uno de éstos rechazó la pretensión de que la obra social demandada financiara el tratamiento de fertilización asistida, con el argumento de que implicaba una amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones “supernumerarios” o no implantados.<sup>71</sup>

La situación fáctica sobre la cual se pronunciaron los tres jueces restantes era parcialmente diferente de las situaciones anteriores. Se pretendía específicamente que la obra social demandada cubriera el tratamiento de fertilización asistida conducente a la concepción y gestación de un embrión histocompatible con un hijo enfermo de la pareja demandante, cuya supervivencia en el futuro dependería de un tratamiento de trasplante de órganos. Por ende, se invocaba el derecho a la salud reproductiva de la madre, así como el derecho a la vida y a la salud del hijo enfermo.

Como se dijo, los tres jueces intervinientes citaron aprobatoriamente la jurisprudencia sentada en Portal, y reconocieron, por lo mismo, la

<sup>69</sup> Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, S. A. F y A. H. A c. IOMA, 15/12/08, LL 2009-A, 408, voto del juez Schreginger, cons. 5o., concurrido por el voto del juez Cebey.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> Cfr. el voto de la juez Valdez en *idem*, consids. X y XI, esp. cons. XI *in fine*: “No quedan dudas con la prueba recaída en este proceso, que la técnica en cuestión no encuadra en la permisión legal, ya que apareja el descarte de embriones, y por consiguiente el congelamiento y manipulación y posterior muerte de los mismos”.

personalidad del embrión desde el momento mismo de la fecundación. Y aunque ninguno objetó la pretensión de la pareja sobre la base de la diferencia de tratamiento entre los embriones histocompatibles implantables y los no histocompatibles que se descartarían, dos de los jueces, en concordancia con lo resuelto en Rabinovich, exigió que se crio-conservaran los embriones que no se implantaran, y que se nombrara un tutor para su custodia.<sup>72</sup> Un tercer juez sugirió la crio-conservación o la donación para su implantación, pero no lo impuso, sugiriendo como vía alternativa que se donaran para fines terapéuticos o de experimentación,<sup>73</sup> si bien en un caso posterior habría revisado este temperamento,<sup>74</sup> y estimó que el derecho a la vida del embrión, reconocido por la Corte en Portal, integraría el plexo normativo denominado “derecho objetivo” que, como tal, no sería oponible a los “derechos subjetivos” en juego,<sup>75</sup> como ser, el derecho a la salud del hijo enfermo o los derechos reproductivos de los padres.

<sup>72</sup> Cfr. Cámara Federal..., *cit.*, voto de los jueces Tazza y Comparato.

<sup>73</sup> Cfr. Cámara Federal..., *cit.*, voto del juez Ferro.

<sup>74</sup> Véase Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, expte. 12.021, Blair, Christian y otra c/ UP s/ amparo, del 17/XII/09; del voto del doctor Tazza, “en adhesión doctor Ferro”, como reza el respectivo boletín de jurisprudencia publicado *online*, surgiría una protección del embrión diferente: “[L]a protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano. Por lo cual y sin lugar a duda, *los embriones resultantes o no transferidos* de la práctica que por este medio se autoriza *deben* estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno” [las cursivas son mías].

<sup>75</sup> Cfr. Cámara Federal..., *cit.*, voto del juez Ferro: “[N]o puedo obviar el fallo ‘Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo’ (fallo P.709.XXXVI) en el cual, en su considerando 10, la Corte Suprema de Justicia refirió que la vida comienza con la fecundación, motivo por el cual —creo— carece de incidencia fijar una determinada posición sobre el tema, cuando la índole de la cuestión planteada no lo amerita. Sentado ello, prosigo refiriendo que aquellos derechos no pueden ser imaginados como un conjunto de normas que le asista a ellos, sino que frente a la situación particular en que se encuentra el niño enfermo y discapacitado, el *derecho subjetivo* que le asiste será independiente de lo que disponen el *derecho objetivo* por cuanto son facultades y poderes innatos a las personas que los tienen por el solo hecho de ser personas, tales como el de vivir, el derecho a la salud, a una vida digna y que aún existirían, me animaría a sostenerlo, aun cuando hipotéticamente se derogara la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo” [el destacado no es del original].

Con posterioridad a los casos reseñados, la postura jurisprudencial favorable al derecho de los padres a la salud reproductiva se ve condicionada por la propia conducta omisiva de los actores interesados; así, en un caso que tramitara en General Roca,<sup>76</sup> el cual, al momento de fallar la cámara, devino abstracto.<sup>77</sup>

También con posterioridad a esos casos se dictó, en el ámbito bonaerense, una ley de reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad<sup>78</sup> que, en general, difiere a la reglamentación los aspectos bioéticos en ella comprendidos, colocándolos bajo un gran signo de interrogación. Y se produjo un precedente que privilegia el valor del consentimiento de los progenitores y el principio de donación voluntaria en lo relativo a la donación de células placentarias no implantadas,<sup>79</sup> fallo que, eventualmente, podría incidir —como punto de referencia o de contraste— en decisiones en materia de donación de embriones.

## 6. Conclusiones parciales

Estos casos posteriores reflejan diversas posturas individuales o minoritarias respecto del destino de los embriones no implantados en las técnicas de fecundación *in vitro*, que con relación al acogimiento de la doctrina Portal, Tannus y Rabinovich, podrían ordenarse del siguiente modo, en sentido decreciente:

a) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro*, sin considerar en modo alguno el problema del destino de los embriones no implantados; excluyendo de forma explícita una decisión, con el argumento de que se trataría de una cuestión religiosa, ajena al ámbito de injerencia de un Estado laico; o bien rechazando su naturaleza abortiva por razones de orden lógico.

b) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro*, y se sugiere —sin fuerza vinculante— la donación de los embriones supernumerarios para su posterior

<sup>76</sup> CFed General Roca, H., A. J. c/ Swiss Medical Group, del 20/8/2010, en LL Online AR/JUR/44404/2010.

<sup>77</sup> *Ibidem*, cons. 4o. del voto del juez Barreiro.

<sup>78</sup> Ley provincial 14208, BO 3/1/2011, reglamentada por Dto. 2080/2011.

<sup>79</sup> CNACAF, Sala III, C., G. y otro c/ EN, Instituto Nacional Central único Coordinador de Ablación e Implante resol. 69/09 s/ amparo ley 16986, del 29/11/2010.

implantación, o bien, como vía alternativa, para su utilización con fines terapéuticos o de experimentación.

c) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro* pero, acogiendo la jurisprudencia emergente de Portal y de Rabinovich, se considera que hay persona desde la fecundación, y se ordena el nombramiento de un tutor que custodie su integridad física.

d) Se rechaza la pretensión de los padres de que el tratamiento de fertilización sea cubierto por la obra social, con el argumento de que representa una amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones supernumerarios o no implantados.

e) Cuando se hallan en juego los derechos reproductivos de los padres que desean la concepción y gestación de un embrión histocompatible con un hijo enfermo de la pareja demandante, cuya supervivencia en el futuro dependería de un tratamiento de trasplante de órganos, y el derecho a la salud de ese hijo enfermo, los embriones no implantados deben ser criopreservados y custodiados por un tutor.

## VI. SÍNTESIS COMPARATIVA

Si algún valor posee la sistematización de las decisiones y de los argumentos judiciales, aquél no radica ni en su exhaustividad ni, mucho menos, en un carácter definitivo inasequible. Sólo se trata de posibilitar una comparación y un contraste, en definitiva, de poner en su adecuada perspectiva la pretensión de que los derechos fundamentales son absolutos y/o incondicionales.

a) Liminarmente se advierte que el derecho judicial constitucional estadounidense, en materia de estatus jurídico del embrión, posee más antigüedad que el argentino, pues recién en 2001 se produjo el primer fallo en nuestro país; en cambio, el precedente estadounidense que fijó, por primera vez, la postura de la Corte en materia de penalización del aborto, data de 1973.

b) En la jurisprudencia extranjera repasada, el valor jurídico de la vida humana no es uniforme sino que varía en función de cuál sea la etapa de desarrollo en que se encuentre (“vida humana potencial no viable”, desde la concepción hasta el momento en que el feto es viable fuera del seno materno, con o sin asistencia artificial; “vida humana potencial via-

ble”, desde el comienzo de la viabilidad fuera del seno materno hasta el nacimiento; “vida humana personal”, desde el nacimiento hasta la muerte). Tales etapas no existen en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, que considera que hay un género (“personas”) que comprende al “por nacer”, y, como se recordará, se es persona desde la concepción, y ésta se produce con la fecundación. Que no se distingan etapas implica que se veda cualquier acción conscientemente dirigida a interrumpir —eventual o probablemente— el desarrollo del embrión a partir del momento de la fecundación.

c) Los embriones y pre embriones tipifican en la primera etapa (“vida humana potencial no viable”) y son objeto de un interés estadual en la vida humana potencial no viable según la Corte Suprema estadounidense, interés que, si bien permitiría que la madre disponga de la vida embrionaria, resultaría relevante para justificar la obligatoriedad de ciertas medidas disuasivas de la decisión de abortar. Parecería que el Estado tiene un interés general en la protección de la vida humana, independiente del interés que el propio titular de la vida tenga sobre la misma.<sup>80</sup> Este interés abs-

<sup>80</sup> Este principio, por otra parte, fue aplicado veinticuatro años más tarde para negar la constitucionalidad de un pretendido derecho a suicidarse, en *Washington vs. Glucksberg* 521 US 702 (1997) y *Vacco vs. Quill*, 521 US 793 (1997). Tanto el contenido como el fundamento del interés estadual en la vida humana es intensamente controvertido, tanto por quienes entienden que el derecho a abortar reconocido en *Roe* tiene fundamento constitucional, como por quienes lo niegan. *Cfr.* en el primer sentido, Walen, Alec, “The Constitutionality of States Extending Personhood to the Unborn”, *Constitutional Commentary*, núm. 22, primavera de 2005, p. 178, donde advierte lo endeble del fundamento del reconocimiento de este interés estadual, y la amenaza que representa su reconocimiento para el derecho de la mujer a abortar. En el segundo sentido, *cfr.*, por ejemplo, Bopp, James y Coleson, Richard, “Judicial Standard of Review and Webster”, *American Journal of Law and Medicine*, núm. 15, 1989, p. 216. La idea de un interés estadual en proteger la santidad de la vida en forma independiente de los derechos de la persona fue particularmente defendida por Ronald Dworkin en “Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled”, *University of Chicago Law Review*, núm. 59, 1992, pp. 381 y ss.; republicado en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, cap. III, pp. 95 y ss. La conceptualización de Dworkin fue luego receptada por el *Justice Stevens* en *Planned... Southeastern Pa. vs. Casey*, *cit.*, p. 913 (nota 2); y en *Washington vs. Glucksberg*, 521 U. S. 702: 747. Sobre la recepción de las ideas de Dworkin por la doctrina, *cfr.*, entre otras, las siguientes recensiones y comentarios a *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Eutanasia, and Individual Freedom*, Nueva York, 1993 (aquí citamos por *El dominio de la vida*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1998); Bradley, G., “Life’s Dominion: A Review Essay”, *Notre Dame Law Review*, núm. 69, 1993, pp. 329 y ss.; Morgan Capron, A., “Philosophy and Theory: Life’s Sacred Value-

tracto e independiente del interés del titular de la vida en su propia vida podría entenderse como especialmente relevante a la hora de proteger la vida de sujetos que aún no han desarrollado la capacidad de manifestar interés alguno. En cambio en Argentina, como ya se dijo, los embriones no implantados y los embriones ya implantados son personas, fruto de la concepción que se origina en la fecundación, razón por la cual distinguir entre unos y otros resulta irrelevante.

d) Los embriones no implantados en la jurisprudencia estadounidense no integran los derechos de propiedad: no se los equipara a cosas o a una propiedad, pero reciben un trato que conlleva, en ocasiones, sustraerlos de las dimensiones del derecho a la privacidad de la madre. Gobernados en principio por la voluntad de los progenitores, los embriones dejan de estar protegidos cuando una de las partes no desea concebir un hijo, pues se requiere voluntad de procrear en forma contemporánea con la implantación. En Argentina, los embriones no implantados podrían ser objeto de descarte, y el descarte de embriones no es visualizado como efecto abortivo de un determinado método de fertilización; también se ha resuelto que la amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones supernumerarios o no implantados puede fundar el rechazo de la demanda contra la obra social; a los embriones no implantados histocompatibles con un hijo enfermo les corresponde un tutor y crío-conservación cuando de ellos depende el derecho a la salud del otro hijo enfermo.

e) Los embriones implantados, víctimas de una medida de anticoncepción de emergencia, en la jurisprudencia estadounidense, quedan comprendidos en las permisiones y restricciones señaladas en c). En Argentina, la discusión se centra en las consecuencias normativas del debate científico acerca del mecanismo antiimplantatorio de la anticoncepción de emergencia y del dispositivo intrauterino, o cualquier otro anticonceptivo que actúe o pudiere actuar frustrando el desarrollo del embrión.

Common Ground or Battleground?”, *Michigan Law Review*, núm. 92, 1994, pp. 1491 y ss.; Green, A. S., “Uncommon Ground”, *George Washington Law Review*, núm. 62, 1994, pp. 646 y ss.; Kamm, F. M., “Abortion and the Value of Life: A Discussion of Life’s Dominion”, *Columbia Law Review*, núm. 95, 1995, pp. 160 y ss.; Rakovski, E., “The Sanctity of Human Life”, *Yale Law Journal*, núm. 103, 1994, pp. 2049 y ss.; Sacanlon, T. M., “Partisan for Life”, *New York Review of Books*, 15 de julio de 1993, p. 45; Stacy, T., “Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom”, *George Washington Law Review*, núm. 63, 1994, p. 1; y más extensamente, Stith, R., “On Death and Dworkin: A Critique of his Theory of Inviolability”, *Maryland Law Review*, núm. 56, 1997, pp. 289 y ss.

El principio *pro homine*, que gobierna las apreciaciones sobre la suerte del embrión o de la madre, no se evidencia en la jurisprudencia estadounidense que, al acoger el concepto de “vida humana potencial no viable” y permitir la disposición del propio embrión, echa por tierra el imperio de aquel principio.

f) Calificar a la disposición del embrión como derecho a la privacidad o como libertad o derecho fundamental es un encuadre que la Corte Suprema estadounidense ha empleado a partir de *Roe*, si bien con altibajos que quedaron de manifiesto en *Webster*. A todo evento, la plataforma constitucional que se emplea es la que abreva en el derecho a la privacidad de la mujer, superderecho o derecho absoluto que justificaría disponer del embrión. La “privacidad” para disponer del embrión aparece como una manifestación de la autonomía como atributo necesario de la personalidad, concepción de rasgos kantianos o postkantianos.<sup>81</sup>

En Argentina, la lectura integral o sistemática de los instrumentos internacionales con rango constitucional desde 1994 permite afirmar que todo ser humano es incondicionalmente persona para el derecho argentino, desde el momento de la concepción, y ésta se refiere a la fecundación. Es por ello que, si por valor jurídico entendemos aquel bien que posee consecuencias normativas, es indiscutible que las decisiones judiciales del ámbito argentino conceden más valor jurídico a la vida del embrión que sus similares de los Estados Unidos, donde el valor jurídico del embrión aparece cuando se supera la no viabilidad. Empero, en Argentina, si bien el acotado *corpus* jurisprudencial existente manifiesta una generalizada aceptación del principio general de que la vida embrionaria es vida personal antes y después de su implantación, esta uniformidad se desvanece

<sup>81</sup> Para una visión crítica de la relación entre autonomía, privacidad y derecho fundamental a abortar, *cf.*, sólo a título de ejemplo, Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trads. de Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 147; Serna Bermúdez, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en Massini, C. I. y Serna, P. (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 67; Ronheimer, Martin, *Derecho a la vida y Estado moderno. A propósito de la Evangelium Vitae*, Rialp, 1998, cap. V; Bianchi, Alberto B., *En contra del aborto. Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 105; Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 176. Entre muchos otros, Ronald Dworkin considera, en cambio, que aquella vinculación es indiscutible, en *id.*, *El dominio...*, *cit.*, pp. 198 y ss.

en relación con las reglas concretas sentadas en la aplicación del principio genérico, por ejemplo, en materia de descarte de embriones.

g) De cara al federalismo, en los Estados Unidos la Constitución da libertad a los Estados particulares para definir la cuestión del inicio de la personalidad jurídica, al tiempo que, en Argentina, ello sería imposible para las provincias, pues es materia de los códigos de fondo cuyo dictado corresponde al Congreso de la Nación. La Constitución estadounidense obliga a los Estados particulares a postergar el reconocimiento de la personalidad jurídica hasta después del nacimiento; ello, según se vio, se contradice, en Argentina, con lo dispuesto en la ley civil.

## VII. EL DEBATE SEMÁNTICO-ANTROPOLÓGICO COMO PRESUPUESTO

El debate jurisprudencial en torno al estatus jurídico del embrión continuará desplegándose y enriqueciéndose, tanto en el ámbito estadounidense como en el argentino, mientras continúen vigentes los hechos sociales que lo activan, generadores de disputas análogas a las que aquí se han traído a colación, y que se vinculan con los interrogantes éticos y jurídicos que de modo inevitable surgen con las aplicaciones novedosas de la ciencia. Aun así, aún en este estado incipiente de desarrollo, esta síntesis comparativa pone de manifiesto el despliegue de un debate semántico-antropológico que, no pocas veces, por así decirlo, se “disfraza” con la autoridad del derecho y de la ciencia para imponer una u otra de las alternativas en pugna.

El debate antropológico atañe, como se dijo al comienzo, a la distinción conceptual radical del mundo jurídico, la división entre cosas y personas. Se trata de responder a la pregunta: ¿a quién y por qué llamamos persona o sujeto en el derecho? Pero este debate no puede resolverse si primero no se asume una postura en relación con el debate semántico, más general pero por lo mismo también más fundamental: ¿cómo se clasifican las cosas en el mundo en general, y en el mundo jurídico en particular? ¿Las clasificaciones conceptuales son el producto de un debate social reflexivo y en cierta medida explícito, que el derecho está llamado a recoger en la medida en que sean consensuadas? ¿Son una imposición interesada de un grupo dominante, que el derecho recoge para añadirle su propia fuerza coactiva? ¿O son en cambio algo así como el producto de

la representación de una realidad que se nos presenta ya clasificada, sino en todo, al menos en parte?

Algunos representantes del liberalismo político son explícitos en su adhesión a una visión “constructiva” del lenguaje y del conocimiento moral, lo cual a su vez es coherente con su comprensión previa de los derechos fundamentales como elecciones consensuales.<sup>82</sup> Por su parte, la escuela crítica concibe a los principios de derechos humanos, ya como una creación burguesa funcional a sus intereses de clase; ya como la última carta de las minorías frente a una supuesta dominación cultural ejercida mediante el lenguaje.<sup>83</sup> Finalmente, la alternativa de la correspondencia entre los principios de derechos humanos y bienes humanos cuya entidad es (en cierta medida) independiente de la voluntad humana, es propia de la tradición iusnaturalista clásica.<sup>84</sup>

Muy probablemente todas estas opciones, o más bien una combinación de todas, sean ciertas cuando de lo que se trata es de describir cualquier práctica jurídica concreta. En efecto, en todo derecho hay conceptos jurídicos que parecen hechos a medida de algún grupo de interés o de *lobbying*,<sup>85</sup> otros que son más bien la traslación, al campo jurídico, de clasificaciones conceptuales emanadas de un debate o “discurso” social más

<sup>82</sup> Sobre el carácter constructivo del concepto de persona en Rawls, *cf.* especialmente, Rawls, J., *op. cit.*, p. 20, y sobre el constructivismo como su teoría epistemológica práctica, *cf. idem*, cap. 3.

<sup>83</sup> *Cfr.*, en el primer sentido, Mazurek, Per, “Teoría marxista y socialista del derecho”, en Kaufmann, Arthur y Hassemmer, Winfried (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. de G. Robles, Madrid, Debate, 1992, p. 343; y en el segundo, asumiendo las tesis de Jacques Derrida sobre lenguaje y dominación: Buker, Eloise A., “Rethoric in Postmodern Feminism”, en Hiley, David R.; Bohman, James F. y Shusterman, Richard (eds.), *The Interpretive Turn*, Cornell University Press, 1991, p. 221.

<sup>84</sup> Uno de los más relevantes representantes actuales de esta tradición es John Finnis, véase *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 221, y *Ley natural...*, *cit.*, p. 249.

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, el concepto de “emergencia” para modificar contratos de locación (Leyes 11156, 11231, 11318); hacer participar el capital privado y privatizar (L. 23696); rescindir y readecuar algunos contratos (L. 25344); modificar obligaciones de ambos sectores, público y privado (L. 25561). Tomamos nota de las particularidades de estas medidas de emergencia en Sacristán, Estela B., “Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio)”, en Scheibler, Guillermo (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, t. IV, pp. 111-140, esp. p. 132.

—o menos— amplio y reflexivo;<sup>86</sup> y otros que parecen reflejar un orden previo a toda decisión humana.<sup>87</sup>

Es natural o si se quiere necesario que así sea, porque el derecho rige y, más específicamente, ordena las relaciones humanas en todos los ámbitos de la existencia (o en casi todos): los que son por naturaleza o necesidad permeables a la decisión humana, “disponibles”, si se quiere, y los que no lo son.<sup>88</sup> Por lo mismo, aquellas preguntas no debieran formularse en términos genéricos con relación a todo el derecho, sino más bien con relación a problemas o debates jurídicos concretos.

En relación al problema de la personalidad del embrión, la pregunta podría pues reformularse del siguiente modo: ¿la conceptualización del embrión como persona o como cosa está sujeta al arbitrio humano, o per-

<sup>86</sup> Parecería haber contado con un consenso la ley porteña 1878, de Plan Ciudadanía Porteña, de 2005, por la cual reciben subsidios habitantes carenciados de Buenos Aires, ley que presumiblemente se originó en la gran crisis del verano 2001-2002; compárese la forma en que los usuarios de la distribución de gas fueron segmentados en la L. 24076, su reglamentación y las licencias, Dto. 2255/92; cómo se los segmentó, en razón de la crisis energética en el Dto. 181/04, y, por las mismas razones, en la Res. Enargas 409/08; ese decreto y esa resolución se insertan en un marco jurídico que no prevé —salvo excepcionalmente— que las medidas generales emanadas de la administración sean consensuadas con los futuros afectados: puede ampliarse en Sacristán, Estela B., “La administración legisladora (y dos saludables recaudos)”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo, homenaje a Jesús González Pérez*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 391-437.

<sup>87</sup> Así, por ejemplo, una instalación nunca puede constituir peligro para la salud pública, independientemente de que así lo establezca una norma jurídica como ser la L. 24076, artículo 21, o la L. 24065, artículo 16; la libertad en la generación eléctrica o en la producción de gas asegura la oferta de ambos, más allá de que ese es el objetivo detrás del artículo 1o. de la L. 24065 y de la L. 24076. Puede ampliarse en Sacristán, Estela B., “La inseguridad jurídica crea inseguridad energética”, *Revista de Regulación Económica. Empresas & Finanzas*, Lima, ESAN, año 2, núm. 2, 2010, pp. 95-97.

<sup>88</sup> Podemos imaginar que proyectamos un barrio cerrado virtual y dotamos a sus viviendas de electricidad de la red pública (en la medida en que estén en el radio de conexión obligatoria), electricidad de un generador (fuera de ese radio) o bien iluminación por velas o faroles de alcohol para aquellos vecinos que así lo deseen; cada vivienda será conectada a la red de gas, o contará con tanques de gas o garrafas, o bien contará con hogares para leña o salamandras. Ambos servicios aparecen, con las particularidades apuntadas, como disponibles. En cambio, no hay disponibilidad en lo que hace a las especificidades de las instalaciones para transportar, transformar y distribuir electricidad, o las de las instalaciones para transportar y distribuir gas, así como las de los tramos internos —intradomicilia-rios, si se quiere— de ambos servicios.

tenece en cambio al orden de cosas que se presentan a la inteligencia ya dadas, como *ob-jectum*?

Una vez más, la respuesta puede esbozarse desde una perspectiva sociológica descriptiva, en cuyo caso habría que conceder que se parece más a un concepto construido al vaivén de pretensiones variadas, que a un concepto “hallado” o representado a partir de una realidad que se impone a la inteligencia. Basta en esta línea con intentar descifrar el sentido de esa entidad intermedia entre las cosas y las personas, a la que se debe un “respeto especial”, según el *common law* estadual estadounidense. O, en el otro extremo, develar el sentido de la *personalidad* del embrión cuando, según algunas voces de la jurisprudencia argentina, es titular de un respeto devaluado, menos demandante que el respeto debido a personas ya nacidas o, en todo caso, al embrión implantado.

La oscuridad o incluso el sinsentido de estos conceptos incipientes es una proyección lógica de la ambigüedad u oscuridad de otros conceptos igualmente nuevos, a los que la comunidad jurídica en general los vincula; tales como los conceptos del “derecho a la salud reproductiva” y a la “salud sexual”, en Argentina; y con algo más de andamiaje, el concepto de privacidad aplicado a la reproducción y a la vida sexual en general, en Estados Unidos. Todos éstos, como aquellos, son comparativamente nuevos con relación a conceptos jurídicos más típicos de la dogmática civil y penal, tales como el de “daño”, “delito” o “acto jurídico”. En esta etapa constructiva, donde el sentido de unos conceptos aparece condicionado por el sentido de otros, la pregunta semántica descriptiva abre paso a la siguiente pregunta semántica conceptual: ¿hay alguna referencia necesaria a la cual la construcción conceptual completa —abarcando todos los conceptos— *debería* apuntar, si es que pretende conservar la herencia de los derechos fundamentales? Lo cual sería tanto como preguntar: ¿el concepto de derecho fundamental, con sus características propias de universalidad y absolutidad, condiciona el criterio de construcción semántica, en lo que respecta al valor de la “vida humana embrionaria” y al concepto de “persona”?

Los debates en torno a cuál sería la *praxis* semántica que mejor se ajusta a estas características de los derechos humanos y fundamentales son extensos y difícilmente reproducibles en este espacio. Aún así, cabe por lo menos indicar que se reconducen a la opción básica que se indicó, esto es, o bien los principios de derechos fundamentales son construcciones socia-

les que preceden y determinan a su propia referencia; o bien su referencia —algún bien humano básico— precede y determina su significado.<sup>89</sup>

Si se construye el significado o el concepto de los derechos fundamentales al margen de su referencia y, más aún, si el significado construido determina su propio ámbito de referencia, difícilmente pueda predicarse la universalidad y la absolutez de los principios de derechos fundamentales. Serán, en cambio, principios tan extendidos como extendido sea el consenso social en que se sustenta aquel significado o concepto, y tan absoluto cuanto absoluto pretenda ser este mismo consenso, en la voluntad de no instrumentalizar al hombre.

Si, en cambio, la referencia precede a la construcción o mejor, a la abstracción del significado, el consenso social, la autoridad jurídica, o ambos, podrán construir significados intrincados y oscuros, como lo han hecho, hasta ahora, con relación al concepto jurídico de “persona” y de respeto. Pero ahí está la realidad referida por estos conceptos jurídicos y morales para iluminar lo que el uso o abuso del lenguaje oscurece. Pues por mucha fuerza o *imperium* que unos y otros posean para construir y reconstruir conceptos en el ámbito social y en el ámbito jurídico en particular, carecen del poder para transformar y mucho menos negar el marco de referencia de esta construcción.

En otras palabras, si la referencia precede al significado, los principios de derechos humanos o fundamentales, con sus notas de universalidad —para todos— y absolutez —siempre—, se hacen invulnerables al abuso del lenguaje.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> La alternativa semántica entre otorgar prioridad a la referencia o al significado en la determinación del sentido de los conceptos jurídicos fue puesta de manifiesto por Michael Moore, entre otros trabajos, en “Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation”, *Fordham Law Review*, núm. 69, 2001, pp. 2091 y ss. Sobre la dimensión semántica del lenguaje como criterio para determinar cuál es el marco o límite de la creatividad interpretativa; *cf.*, por ejemplo, Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Ezquiaga Gamuzas, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 108; y Zambrano, Pilar, “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 60, 2009, pp. 131-152. Una ilustración acerca de cómo opera el margen semántico en el marco de las diversas interpretaciones que pueden surgir del sólo criterio literal escindido de una guía referencial, puede verse en Sacristán, Estela B., “Entre la voluntad y las palabras”, *JA*, vol. I, 2006, pp. 232-241.

<sup>90</sup> Sobre la semántica constructivista que subyace a la jurisprudencia de la Corte estadounidense iniciada en *Roe*, *cf.*, por ejemplo, a Breen, John M. y Scaperlanda, Michael

Puestos en este punto, cabe por última vez preguntar: ¿qué práctica semántica se ajusta mejor a estas notas conceptuales, y por lo mismo necesarias, de los derechos humanos? ¿Una práctica que construye los conceptos desde el vacío, o una práctica que los construye desde la acogida a lo real? Si lo segundo, ¿cómo delimita la realidad referida por el concepto de derecho humano la construcción del concepto jurídico de persona? ¿No es, quizá, imponiendo la única condición de que su reconocimiento sea universal —a todo hombre— y absoluto — en toda situación?

A., “Never Get Out the Boat. *Stenberg vs. Carhart* and the Future of American Law”, *Connecticut Law Review*, núm. 39, 2006, p. 304.

D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 715-759.