

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

LA REALIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO
POR SIRO M. A. DE MARTINI

Anticipo de “Anales” - Año LXIV
Segunda Época - Número 57

Mayo de 2019

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Vicepresidente

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Secretarios

Académico *Dr. José W. Tobías*

Académico *Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico *Dr. Alberto B. Bianchi*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2019.

LA REALIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO

POR SIRO M. A. DE MARTINI¹

1. El pasado 5 de abril fue presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de “Ley de protección de embriones no implantados”². En cuanto a su contenido, el proyecto puede considerarse cuando menos paradójico ya que permite que el embrión sea criopreservado, utilizado para la investigación e, incluso, eliminado. Muchas y variadas críticas podrían hacerse a esta iniciativa legislativa, tanto jurídicas como morales, filosóficas como biológicas, y aún en cuanto a sus incoherencias y contradicciones internas. En realidad, y para no ir sino a lo central, puede decirse que el proyecto merece los mismos reparos que –en cuanto a su constitucionalidad– hiciera esta Corporación a una iniciativa similar que en el año 2014 aprobara la Cámara de Diputados³. Pero no es esta la cuestión que en esta ocasión me interesa analizar.

Estos proyectos, al igual que el proyecto del Código Civil y Comercial⁴, o la interpretación que cierta doctrina hace del vigente⁵, o el fallo de la Corte

¹ Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de mayo de 2019.

² Expediente 1541-D-2019.

³ Declaración sobre la proyectada ley de regulación de descarte y destrucción de embriones, del 13 de noviembre de 2014, por el que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales solicita al H. Senado de la Nación el rechazo del proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados. En <http://academiadederecho.org.ar/pdfs/95.pdf>

⁴ <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

⁵ Entre otros, Kemelmajer de Carlucci, Aída-Lamn, Eleonora–Herrera, Marisa: “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LL 2013-A, pág. 907; Lamm, Eleonora: “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/>; de la misma autora: “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. La Ley, Suplemento especial sobre el nuevo Código Civil y Comercial, XX;

interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica”⁶, para no citar sino los principales ejemplos, tienen en común el dejar planteado un problema de una inusitada gravedad: ¿Quién o qué es el embrión humano no implantado?

En efecto, en todos estos casos –partiendo de una discutida interpretación de la palabra “concepción”– se ha negado el carácter de persona al embrión todavía no implantado en el útero materno. Pero “persona”, según norma de jerarquía constitucional⁷, “es todo ser humano”. Ahora, si el embrión humano no es un ser humano, ¿qué es? ¿a qué categoría de entes pertenece? Ni los legisladores, ni los juristas, ni los jueces, han pretendido categorizar a los embriones humanos como cosas o como vegetales o como animales. Parecería más bien que nos encontramos frente a un nuevo tipo de seres (presumiblemente vivos) creados por el derecho. Pero, ¿es esto lógica, ontológica o jurídicamente posible, quiero decir, verdaderamente posible?

2. Philip Dick es un reconocido escritor de ciencia ficción que, en el año 1974, escribió un cuento llamado “Las prepersonas”⁸ en el que, aunque en torno al tema del aborto, se plantea una cuestión de similares características a la que nos ocupa. En él, el autor nos describe un mundo en el cual el Congreso ha determinado que se es persona a partir de los doce años, con el fundamento de que ese es el momento en que el alma entra al cuerpo; a los menores de doce, es decir, a las prepersonas, sus padres pueden entregarlos a la autoridad pública para que sean eventualmente adoptados o, al cabo de un mes, eliminados. El tema había dado lugar a discusiones y a diversas propuestas en torno a la edad. Por fin, se había llegado a un consenso en torno a los doce años. El Congreso entonces había determinado el fundamento: la habilidad para resolver problemas matemáticos complejos (como el álgebra) podía considerarse una prueba de la penetración del alma en el cuerpo. Hasta ese momento, se era sólo cuerpo, cuerpo e instintos

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (Directores): Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (comentario al art. 19 por Marisa Herrera). Infojus, 2015; Cerrutti, María del Carmen - Plovanih, María Cristina: Persona humana: Comienzo de la existencia. DFyP 2014 (mayo), Online: AR/DOC/874/2014.

⁶ En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

⁷ Art. 75, inc.22 CN: Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1°, inc.2.

⁸ “The prepersons”, en “We can remember it for you wholesale”. Orion Books Ltd, London, 2000, p. 275-296.

animales, reflejos animales y respuestas a estímulos.

Angustiado, Walter, el protagonista, le dice a su madre que él no siente que en algún momento un alma haya entrado en su cuerpo. Su madre le responde: “es sólo una cuestión legal”. Todo lo demás –según aparece inmediatamente en el cuento–, no es otra cosa que un mal disimulado ropaje pseudo-científico pergeñado con el único propósito de conseguir un fin: incrementar la edad hasta la cual los padres pueden eliminar a sus hijos no deseados.

El cuento, decíamos, fue publicado en 1974, al año siguiente de que la Corte Suprema de los EEUU resolviera, en *Roe vs. Wade*, la constitucionalidad del aborto con el fundamento de que sólo son personas los ya nacidos, lo que convertía la Enmienda XIV a la constitución de aquel país en inaplicable al *nasciturus*⁹. Entrevistado, Dick dijo que se había inspirado en *Roe vs. Wade*.

3. Aunque en nuestro país ha surgido con toda vehemencia a partir de la necesidad de regular la fecundación artificial y quizás, sobre todo, a partir de las diversas posturas en torno al artículo 19 del CC y C, la cuestión de quién o qué es el embrión humano y, en particular, el no implantado, lleva décadas de discusión en el mundo científico, filosófico, teológico y, por supuesto, jurídico¹⁰. Siempre de la mano del deseo de poder experimentar con embriones humanos producidos artificialmente.

Una buena síntesis del problema y de sus consecuencias, puede hallarse en una conferencia dictada en 1994, por el médico y bioeticista Gonzalo Herranz. Decía entonces: “Hay razones para sospechar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un hombre o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose fijará el tono moral de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, las relaciones interhumanas”¹¹.

⁹ <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. IX, A.

¹⁰ Un detallado análisis de los principales argumentos teológicos, filosóficos y biológicos en las últimas décadas en Huarte, Joachim: “La reflexión teológico-moral sobre el embrión preimplantatorio”. EUNSA, 2014.

¹¹ En “Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado”, Universidad de Navarra, Anuario filosófico, Vol 27, No 1 (1994), p. 127.

Siguiendo estas posibilidades lógicas, podríamos reformular o ampliar las preguntas iniciales de este modo: ¿quién debe dar esa respuesta? ¿quién debe determinar la entidad del embrión humano no implantado? En todo caso, ¿puede el legislador –o el hombre en general– crear nuevos seres reales? ¿depende del legislador, juez o jurista lo que las cosas son, lo que la realidad es, o debe el legislador atenerse a lo que es y existe y, eventualmente, regularlo respetando su ser?

Por fin, y más en general: ¿cuál debe ser la relación entre el derecho y la realidad?

4. Como es sabido, el Código Civil y Comercial, vigente desde el 1° de agosto del 2015, llama al Título I del Libro Primero “Persona humana”, adoptando así la acertada terminología del Proyecto de reformas de 1998. En el fundamento de este último, sus autores decían: “Se adopta la terminología personas humanas a lo largo de todo el Código. Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994”¹².

Sin embargo, tanto el anteproyecto como el proyecto que diera lugar al Código vigente, se apartaron de este criterio realista y humanista. En efecto, el artículo 19 del Proyecto establecía que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación

¹² Fundamentos del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, Libro segundo, título I, 2.

del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

En un comentario del Proyecto, Tobías elogiaba la elección de la locución “persona humana” por ser “una noción que proviene de la naturaleza y es anterior a la ley... Más aún la terminología adoptada por el Proyecto es suficientemente caracterizadora: es la calidad de “ser humano” lo que determina la condición de “persona humana” para el Derecho”. Lamentablemente –agregaba críticamente– el Proyecto no ha sido de ningún modo coherente con la terminología adoptada, al pretender privar de la calidad de “personas humanas” a determinados “seres humanos”. Veía entonces nuestro autor, en la referencia al embrión no implantado, el propósito de la reforma de quitar cualquier obstáculo a la fecundación artificial, aún a costa de falsear la realidad del embrión humano. Son sus palabras: “la propuesta de “despersonalización” del embrión extracorpóreo limitaría los obstáculos ético-jurídicos que suscita la fecundación extracorpórea, en aspectos tales como la eliminación de los llamados embriones “supernumerarios”, la selección de embriones destinados a la transferencia (diagnóstico preimplantatorio), la creación de los mismos para la experimentación científica, la obtención de células de embriones clonados”¹³. A lo cual habría que agregar, en lugar preeminente, la criopreservación de los embriones.

5. Antes de proseguir el camino que nos llevará a la redacción actual del art. 19 y a las consecuencias que su interpretación sesgada ha originado, permítasenos detenernos en una particularidad asombrosa que contenía aquella proyectada redacción del artículo 19, relativa también al comienzo de la vida pero, en este caso, a lo que podría llamarse el doble comienzo de la vida. Aunque ha desaparecido del Código Civil y Comercial vigente, es un buen ejemplo de los extremos a los que pueden llegar los juristas cuando, desentendiéndose de la realidad, sólo buscan alcanzar el resultado que desean. Como hemos citado, el artículo preveía dos distintos momentos para el comienzo de la existencia de las personas: la concepción en el seno materno (cuando el embrión era concebido de modo natural) y la “implantación” en el útero de la mujer (en caso de fecundación artificial). Como

¹³ Tobías, José W.: La persona humana en el Proyecto. LL-2012-D, 743.

existir es “tener vida” y “persona es todo ser humano”¹⁴, lo que se estaba afirmando es que el comienzo de la vida del ser humano puede ocurrir en dos momentos diferentes.

Una de las autoras de este proyecto –refiriéndose al tema de la filiación– justificó la norma con estas palabras: “Dado que ambos tipos filiales parten de supuestos fácticos diferentes (el presupuesto de hecho de la filiación por naturaleza es la existencia de un acto sexual; el de la reproducción humana asistida es la intervención médica, más allá de que se trate de tratamientos de baja, media o alta complejidad), no debe llamar la atención que también sea distinto el momento en el que comienza jurídicamente la persona”¹⁵.

Si queremos analizar las implicancias de la norma y de su pretendida justificación, debemos por un momento poner a un lado la debilidad del argumento en cuanto confunde lo accesorio con lo principal. En efecto, lo relevante para el comienzo de la vida es la fecundación del óvulo por el espermatozoide y no el lugar o circunstancias en que esto ocurre.

Pero lo más llamativo e importante para nuestro análisis, es la afirmación en sí misma en orden a que el ser humano pueda comenzar a vivir en dos momentos distintos. Con el extraño agregado de que esto “no debe llamar la atención”. Por supuesto que podríamos preguntarnos cuál es la situación del embrión concebido *in vitro* antes de comenzar a vivir. Pero ello lo haremos más adelante. Los puntos que quisiera remarcar ahora del argumento, por su interés para esta comunicación, son los siguientes: a) la afirmación de que el comienzo de la existencia de un mismo ser pueda ocurrir en dos momentos distintos (por el sólo hecho de que los gametos se hayan unido dentro o fuera de la hembra), es contraria a la biología y a la lógica, b) sin embargo, eso no parece tener importancia desde una perspectiva jurídica, c) la referencia al “momento en que comienza jurídicamente la persona” (y habrá que insistir en que “persona es todo ser humano”) da a entender que es, o puede ser, el derecho quien determine cuando comienza la vida humana, d) que esta determinación la puede hacer el derecho, es decir, el legislador, por sí mismo y con absoluta prescindencia de la verdad objetiva de las cosas, ejerciendo entonces una función creacional según las

¹⁴ Ya citado art. 1, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora: “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”. LL 2012-D, 925.

necesidades, conveniencias o ideologías de quienes tengan el poder para hacer las normas.

Por fin, como hecho de relativo valor jurídico, podemos destacar que, en la inteligencia de los autores del anteproyecto había una clara distinción entre el momento biológico de la concepción y el de la “implantación del embrión en la mujer”.

6) Modificado y desmembrado el proyectado artículo 19, la última parte fue incorporada como norma transitoria segunda del artículo 9° de la ley 26.994, aprobatoria del Código Civil y Comercial, estableciendo: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” Seguido de la aclaración: corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La interpretación que se ha hecho de esta norma transitoria aparece casi inexorablemente unida con la interpretación que se le ha dado a la palabra “concepción” del texto del artículo 19: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Esto es así porque sólo si por “concepción” se entiende “implantación” del embrión en el útero materno, puede argumentarse que el embrión no implantado no es persona. Demás está decir que todos los argumentos favorables a esta postura tienen como inocultable trasfondo el propósito de justificar la licitud moral y jurídica de diversas prácticas asociadas a la fecundación artificial.

Un hito de innegable importancia para esta interpretación del artículo 19 y, consecuentemente, de la norma transitoria segunda, es el fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto identifica los conceptos de concepción e implantación del embrión humano¹⁶.

Los argumentos de la sentencia –tendientes todos a demostrar que si como consecuencia de la práctica de la fecundación artificial se elimina un embrión no se elimina a una persona y, por tanto, no se viola el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, no son, en general, novedosos. Han sido materia de bien fundadas críticas, las que exceden el objeto de esta comunicación¹⁷. Por ello mismo, tampoco me ex-

¹⁶ P. 186.

¹⁷ Por cierto que, en el plano estrictamente jurídico, se han dado argumentos contrarios tendientes a mostrar que la palabra “concepción” ha tenido y tiene en nuestro orden jurídico el sentido inequívoco de “fecundación”, es decir, que la concepción de un nuevo ser humano acontece con la

tenderé en la discutida cuestión del alcance que pueda tener esta sentencia (como otras en que nuestro país no ha sido parte) en nuestro orden jurídico interno¹⁸. Lo que quizás sea importante mencionar, ya que me parece que no ha sido destacado suficientemente, son los límites que la CIDH pone a las prácticas asociadas a la fecundación artificial, al punto que un proyecto de ley como el que abre este trabajo no sólo resultaría contrario a nuestra Constitución Nacional sino también a la interpretación convencional de la CIDH en Artavia Murillo¹⁹.

7. Resulta siempre sorprendente constatar que, en ciertas ocasiones, cuando juristas –de reconocida trayectoria, además– quieren sostener una determinada posición ideológica, apelen al recurso de cambiar el sentido

fecundación del óvulo por el espermatozoide. Así, pueden citarse normas del mismo Código en las que los términos “concepción” e “implantación” aparecen excluyéndose mutuamente por el uso de la conjunción disyuntiva “o” (p.e. art. 561: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”), lo cual, como hemos visto, es coherente con el pensamiento del proyecto. O se puede recurrir a la autoridad de la CSJN quien, en el caso “Portal de Belén”, con cita de varios especialistas en materia biológica o bioética, resolvió que la concepción se produce con la fecundación y no “con la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno”. Por otra parte, el directo reconocimiento normativo del embrión no implantado como persona resulta evidente del artículo 57 CC y C: “Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. La mención de la “descendencia” del embrión lo identifica claramente con la persona humana. Además, la identidad genética del embrión proviene de la fecundación lo que refuerza el reconocimiento jurídico de la realidad biológica: a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide es concebido un nuevo ser humano. En cuanto a la necesidad de una ley especial para proteger al embrión no implantado, puede lógicamente argumentarse que esto no tiene relación con su categoría ontológica (el embrión humano es siempre ser humano) sino con su estado de especial vulnerabilidad.

¹⁸ En rigor habría que atenerse al texto de la misma Convención la que, en su art. 68, 1° dispone: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

¹⁹ Renato Rabbi Baldi Cabanillas y Eugenia Fleming Cánepa: “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie”, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores, pp. 87-146, hacen un importante y bien fundado análisis de los límites que la CIDH impone a la regulación de la fecundación artificial, mostrando que el tribunal considera positivamente las medidas que evitan generar un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Entre estas medidas están incluidas el establecimiento de óvulos que pueden ser fecundados, la prohibición de desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes (arg. pár.306). Luego se destaca la afirmación de que corresponde a las instituciones responsables de las técnicas de reproducción asistida, proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer (arg. pár.311).

de las palabras. Deberíamos recordar aquella constitución en la que Justiniano decía: “nosotros no dictamos leyes sobre las palabras sino sobre las mismas cosas”²⁰. Me parece, entonces, que la cuestión no debería girar en torno al sentido que, con mejores o peores argumentos, se le pueda dar a una palabra sino a la realidad, esto es, a la existencia real y efectiva de aquello mentado por la palabra. Dicho de otra forma, se diga lo que se diga de la palabra “concepción” el punto es: ¿es el embrión humano no implantado un ser humano o no lo es? Si no lo es, ¿qué es? Si lo es: ¿se puede congelar a -194 C° a una persona? Y así sucesivamente.

Porque las palabras significan cosas, aspectos de la realidad, y si se modifica el sentido de la palabra –sin que haya para ello un fundamento real, vale decir, un descubrimiento de algo nuevo o distinto en la realidad– se falsea o distorsiona la aprehensión de la realidad o, lo que es peor, se intenta construir una nueva realidad. Una suerte de realidad paralela, onírica, ideológica.

En nuestro caso, como venimos diciendo, diversos legisladores, jueces y juristas en general, han cambiado el sentido de la palabra “concepción” para posibilitar la legalización de una serie de prácticas que, si se realizan con un ser humano, resultarían claramente aberrantes y contrarias a todo nuestro orden jurídico. Pero al hacerlo, se han encontrado con el ineludible problema de tener que explicar qué es entonces “eso” que, por vía del artilugio nominalista, ha dejado de ser una persona. Ante lo cual, terminan adoptando actitudes “creacionistas”, es decir, inventando nuevos seres, esas entidades intermedias a las que se refería Herranz.

Tobías intuía que habrá quienes comiencen a hablar de “cosa protegida”, “persona virtual”, “tertium entre persona y cosa”, “cuasipersona”, “persona hipotética o eventual”, pero claro, esto no pasaría de ser una solución aparente, en el plano de las palabras, a un problema profundo que se ha generado en el plano de las cosas, de la realidad. Es decir, no puede invocarse la teoría de la ficción porque las ficciones jurídicas operan como formas que contienen o suponen lo real, como lo accidental que se sujeta a lo sustancial. La ficción jurídica parte de la sustancia, no puede reemplazarla o crearla.

Si, por ejemplo, y siguiendo el proyecto al que nos referimos al inicio de este trabajo, tratamos ahora de describir el ser mencionado por la locu-

²⁰ CI 6,43,2,531.

ción “embrión no implantado”, nos encontramos aproximadamente con lo siguiente: se trata de un ser vivo no humano, procedente de la fecundación de un óvulo humano por un espermatozoide humano, que aún no ha sido concebido. En caso de serlo, instantáneamente será una persona humana. Algunas de sus características son: que ha sido generado con una finalidad reproductiva o terapéutica; no puede ser comercializado pero sí donado; es propiedad de alguna persona o de un centro de salud; se lo puede congelar y almacenar; y se lo puede utilizar para una investigación.

Despojados de sus características y potencialidades, estaríamos ante un ser viviente, producto de gametos humanos pero que no es humano.

Si bien se mira, resulta más parecido en su indefinición y deformidad ontológica al engendro creado por el genio literario de Mary Shelley que a ningún ser que conozcamos en la realidad.

8. Este fenómeno –del creacionismo jurídico– no es algo nuevo en el mundo de los juristas. La cosificación jurídica del ser humano en la esclavitud es suficiente ejemplo de ello. Sin embargo, el fenómeno ha adquirido en nuestros tiempos al menos dos características peculiares. La primera es que nunca como ahora el hombre había tenido –a través del desarrollo incesante de la ciencia y de las nuevas técnicas derivadas de ese desarrollo– un conocimiento y un poder tan grandes sobre la vida humana en su etapa inicial. Progreso que inmediatamente ha planteado la cuestión de los límites éticos y, consiguientemente, jurídicos ante las nuevas posibilidades que la ciencia ofrece.

La segunda característica es que muchas de las teorías y argumentos que han surgido para justificar la inexistencia o flexibilidad de los límites, no parecen expresar convicciones ni ser el resultado de análisis filosóficos o científicos. Antes bien, parecen ser la manifestación de meras conveniencias, de posiciones utilitaristas o pragmáticas, que priorizan el resultado que se quiere obtener por sobre la verdad que se conoce, o que directamente se desentienden o escamotean la verdad para alcanzar el propósito deseado.

Me parece que son dos los tipos básicos de respuestas que este creacionismo jurídico contemporáneo ha dado al problema que ha generado:

a) Las respuestas de neto corte utilitarista²¹ que niegan al embrión no implantado el carácter de persona invocando razones de conveniencia o, si se quiere, de interés común. En rigor, estas posturas no niegan la verdad sino que la dejan de lado por no convenir a sus intereses.

Las hemos llamado utilitaristas porque, más allá de las convicciones filosóficas de sus partidarios, los argumentos giran en torno a la búsqueda de los mayores beneficios para lo que se considera un interés relevante (vgr. la existencia en sí misma de la fecundación artificial o el progreso de la ciencia).

Dentro del mundo jurídico argentino, un ejemplo paradigmático de este utilitarismo puede encontrarse en el siguiente razonamiento de una de las autoras del anteproyecto de Código Civil y Comercial: “Hay que hablar sin eufemismos; decir que los embriones *in vitro* son personas implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre”²². Más allá de que no sea cierto que la reproducción artificial requiera necesariamente la criopreservación de embriones²³, resulta francamente llamativo el modo de argumentar, el que podría sintetizarse así: quiero (o la sociedad quiere) que haya “reproducción humana asistida”; la reproducción humana asistida requiere la criopreservación de embriones, pero no se puede criopreservar personas, por lo tanto, los embriones humanos no implantados no son personas. Es decir, es la necesidad o conveniencia práctica –y de ahí, la voluntad del jurista– quien determina la categoría ontológica del embrión. No importa lo que el embrión sea sino lo que me convenga que sea. Y, por tanto, será el legislador quien determine lo que las cosas son, la consistencia misma de la realidad.

²¹ Un interesante análisis del enfoque utilitarista con relación al embrión en George, Robert P.-Tollefsen, Christopher: “Embrión. Una defensa de la vida humana”. Rialp, Madrid, 2012, cap. 4.

²² Kemelmajer de Carlucci, Aída...: “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado...”, cit. En LL 2012-D, 925.

²³ La Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999) art. 119, 2, c, dispone que no se pueden desarrollar más embriones que los que puedan ser implantados inmediatamente. Con lo cual, es innecesario crioconservar. Otro tanto puede decirse de la Ley alemana de protección del embrión, (n° 745/90) que en un su art. 1.5 sanciona a quien “Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo”.

Quizás el más importante ejemplo de este modo utilitarista de dar una respuesta a los problemas bioéticos, sea el conocido Informe Warnock. En 1984, ante la preocupación por saber si debía considerarse lícito experimentar con embriones humanos, en Gran Bretaña se creó un comité sobre fertilización humana y embriología cuya labor concluyó con un informe que lleva el apellido de su presidenta. El informe no oculta la verdad biológica. Por caso, en su capítulo 11, al tratar las cuestiones científicas, dice: “Mientras que, como se ha visto, la temporización de los diferentes períodos del desarrollo es crítica, apenas ha comenzado el proceso, no hay ninguna particularidad del proceso de desarrollo que sea más importante que otra; todo forma parte de un proceso continuo, y si cada período no sucede normalmente, en el tiempo justo y en la secuencia correcta, el desarrollo ulterior cesa. Por eso, biológicamente no se puede identificar en el desarrollo del embrión un estadio singular más allá del cual el embrión *in vitro* no debería ser mantenido vivo”²⁴.

Sin embargo, el mismo capítulo concluye con estas palabras: “A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización *in vitro*, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14 de la fertilización”²⁵.

El día 14 posfecundación, que carece de toda vinculación con algún acontecimiento biológico, fue propuesto por la Baronesa Warnock como modo de evitar la ruptura del comité y permitir así la investigación sobre el embrión humano²⁶.

²⁴ “While, as we have seen, the timing of the different stages of development is critical, once the process has begun, there is no particular part of the developmental process that is more important than another; all are part of a continuous process, and unless each stage takes place normally, at the correct time, and in the correct sequence, further development will cease. Thus biologically there is no one single identifiable stage in the development of the embryo beyond which the *in vitro* embryo should not be kept alive”. Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into human Fertilization and Embryology, Her Majesty’s Stationery Office, Londres, 1984, cap. 11.19.

²⁵ “Despite our division on this point, a majority of us recommend that the legislation should provide that research may be carried out on any embryo resulting from *in vitro* fertilisation, whatever its provenance, up to the end of the fourteenth day after fertilization”. *Idem*, cap. 11. 30.

²⁶ Herranz...: *op.cit.* ap.7.

b. El segundo tipo de respuestas consiste, lisa y llanamente, en la invención de nuevos seres. El nombre que, de algún modo, abarca a todos ellos es el de pre-embrión²⁷. Y, aunque el nombre va cayendo cada vez más en desuso, el concepto que encierra lo sobrevive. Ahora, ¿qué es un pre-embrión? Si consideramos que la palabra embrión designa al “ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie”²⁸, resulta evidente que antes de ser un embrión ese ser no existía. Un pre-embrión sería así, respecto de cada ser concreto, una suerte de todavía no ser, es decir, la nada misma.

Sin embargo, según venimos viendo, la necesidad de negar la existencia de la humanidad de un ser humano en los primeros días de su existencia, para así intentar superar los escollos jurídicos y morales que plantean las prácticas asociadas a la fecundación artificial o a la investigación con seres humanos, ha generado –en el plano de las ideas ya que no así en el de la realidad– una suerte de vacío existencial que algunos juristas se han visto en la necesidad de poblar con seres imaginarios y contradictorios. Aunque pre-embrión podría considerarse el nombre genérico de todos ellos, su descripción depende de la inventiva de sus creadores.

Así, podemos encontrarnos con afirmaciones como la que sigue: “el embrión in vitro no es persona, mas tampoco es cosa. El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un “estatus moral intermedio”²⁹.

En Artavia Murillo, la CIDH dice que “el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”. Y luego: “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”³⁰.

²⁷ En “El embrión ficticio”, Ediciones Palabra S.A., Madrid, 2013, Gonzalo Herranz hace un amplio y documentado desarrollo del origen y evolución de la palabra y el concepto de pre-embrión.

²⁸ Diccionario RAE.

²⁹ Lamm, Eleonora: “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. Ap. 10. LL del 20/05/2015. Cita Online: AR/DOC/1297/2015. Como consecuencia, “al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana”.

³⁰ P. 223

9. Podemos tomar esta última caracterización para centrar en ella nuestro análisis ya que, además de la jerarquía judicial de quien la emite, contiene los elementos que son comunes a esta postura: a) la negación de que el nuevo ser fecundado por gametos humanos sea humano; b) la convicción prometeica de que son los juristas quienes conceden la humanidad a un ser viviente; c) la descripción del embrión no implantado como potencial ser humano; d) la afirmación de que es la implantación “en el cuerpo de la mujer” lo que convertirá al embrión humano en persona o ser humano.

El argumento que habitualmente se utiliza para resignificar la palabra y la noción de concepción y, como consecuencia, el comienzo de la existencia de la persona o ser humano, es este de que si el embrión no es implantado “sus posibilidades de desarrollo son nulas”. Lo cual, en el estado actual de la ciencia, es una verdad irrefutable aunque, para ser más precisos, habría que hablar de la posibilidad de continuar su desarrollo porque, como es sabido, al momento de la implantación el embrión ya ha superado las primeras fases de su desarrollo.

Como se ve, la idea central de esta posición es que para ser un ser humano hay que tener la posibilidad de desarrollarse. El argumento confunde lo accesorio con lo principal: el desarrollo es lo que le permite al embrión humano seguir viviendo, no lo que lo hace ser un ser humano. ¿Posee esta última cualidad la implantación o anidación? Ciertamente, no. La implantación es algo exterior al embrión. No lo modifica. No tiene relación con su esencia, no incide en lo que el embrión es.

Pero volvamos ahora al problema que surge inevitable de esta posición. Nadie duda –al menos desde la ciencia– que con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, surge en el mundo un nuevo ser³¹, un embrión unicelular o cigoto, una célula con una información genética propia y distinta a la de cualquier otro ser existente. Este ser, por lo demás, ya tiene determinado el sexo y posee la capacidad de moverse por sí mismo (automoción) de un modo espontáneo, o sea, que el movimiento brota naturalmente del propio ser, no es causado por algo externo. En otras palabras, posee las notas propias de todo ser viviente³². Sin embargo, se dice, si no se implanta

³¹ Para citar sólo una obra clásica en la materia: Sadler, T.W.: *Langman. Embriología médica*. Lippincott Williams & Wilkins. Filadelfia. 12ª. Edición, 2012, p. 32/36.

³² Para la caracterización del “ser viviente”: Blanco, Guillermo P.: “Curso de Antropología Filosófica”. EDUCA, Buenos Aires, 2004, p. 117/34. Con relación al embrión: “Serra, Angelo y Colombo, Roberto: “Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología”. En AAVV:

en el útero, no es un ser humano. Y ¿qué es? No es una persona ni una cosa, se dice ahora, pero es potencialmente un ser humano. En rigor, no se nos está diciendo nada. Deberíamos con seriedad preguntarnos: ¿ante qué clase de ser estamos? Tanto nuestra experiencia –como la filosofía– nos hablan de tres tipos de seres vivientes: vegetal, animal y humano. Si el embrión antes de implantarse no es un ser humano. ¿Existe algún motivo para pensar que se trata de un animal o un vegetal? Si se trata de un “nuevo tipo de seres” –bastante parecidos a los humanos– pero que no son humanos. ¿Qué los hará humanos? ¿cómo pasaría un ser vivo no humano a ser humano? ¿quién le daría la humanidad? En primer término: ¿puede un ser no humano darse a sí mismo la humanidad? ¿puede quién no tiene, dar lo que no tiene? La implantación, como hemos dicho, es un acto exterior al embrión que no produce ninguna modificación en su ser. Un ser no puede pasar de un nivel inferior a uno cualitativamente superior (no ser humano a ser humano), sin una intervención exterior que lo posibilite. Y ciertamente esta intervención debería ser de alguien que pudiera obrar en el orden del ser, y no de un legislador o un juez que pretenda construir una nueva realidad a través de la imposición de las palabras.

10. El breve estudio que acabamos de realizar, nos pone frente a uno de los grandes problemas del derecho o, con mayor precisión, de los legisladores, y de los jueces y juristas que interpretan las leyes. Esto es, el de la relación que debe tener el derecho con la realidad, con la verdad del ser, con lo que las cosas real y efectivamente son.

La tentación de manipular la realidad no es sólo propia de los científicos, los ideólogos o los políticos; también es común en el mundo del derecho cuando, por razones de la más diversa índole, la verdad incomoda o entorpece la consecución de aquello que se desea.

Los griegos, quienes tuvieron un don especial para penetrar la realidad y describirla con palabras, reconocieron desde sus orígenes que la realidad humana que es materia del derecho –como las principales instituciones sociales o los valores que deben regir una comunidad– era algo dado, algo de origen divino que los hombres recibíamos y que debíamos buscar y respetar³³.

“Identidad y estatuto del embrión humano”. Ediciones internacionales universitarias. Madrid, 2000, p. 109/152.

³³ Véase Jaeger, Werner: “Paideia: los ideales de la cultura griega”. Fondo de Cultura Económica,

La función del sabio, del político, del jurista era descubrir este orden y plasmarlo en el derecho concreto. Por supuesto que en el camino que va del modelo a su implementación en la sociedad, cometieron muchos y graves errores. Pero siempre tuvieron, al menos, esta convicción: que existe un paradigma, un modelo de perfección, y que lo propio del gobernante y de la comunidad que debe conducir, es la mimesis, la imitación de este modelo hasta donde al hombre le es posible en medio de los avatares políticos e históricos.

De esta sabiduría y experiencia secular brotó seguramente aquella frase del diálogo postplatónico Minos: “la ley es un descubrimiento de la realidad”³⁴. No es la voluntad, no es el querer del gobernante o de la voluntad general; sino un modo de plasmar y asegurar en el mundo de los hombres, aquello que es, y para lo cual los hombres hemos sido hechos. Respetando su naturaleza y sus límites.

Vivimos en una época que reniega de esa sabiduría ancestral, en la que el hombre –el científico, el político, el jurista– quiere ser un nuevo Prometeo³⁵. No ya aquel Prometeo de la mitología griega que había obtenido, con malas artes, el fuego para el progreso de los hombres. Se trata de un nuevo Prometeo³⁶ –mitema elaborado por la modernidad– en el que el dios griego aparece como el arquetipo del hombre que se rebela contra Dios. Prometeo es ahora aquel que no reconoce otra ley que su suprema voluntad, dispues-

México, 1968, en particular cap. IX “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del cosmos”.

³⁴ Minos, 317 d.

³⁵ En el prólogo de “¿Qué es la vida?” (A. Scola (coord), Ed. Encuentro, Madrid, 1999), Angelo Scola se plantea la cuestión en toda su dimensión teológica y antropológica: “El hombre se encuentra ante una alternativa dramática: ¿cuál es su verdadera imagen, Prometeo o el Resucitado?...Por un lado, la exaltación de poder arrebatar al Otro (Dios) el fuego de la vida, desterrando así cualquier señal de heteronomía y convirtiéndose en señor. ...El hombre para el hombre. El hombre se cree Dios. Por el otro, la posibilidad contraria: profundizar en el conocimiento que permite al hombre, por primera vez, descubrir y, en cierta forma, dominar los procesos genéticos de su propio nacimiento y de su desarrollo, le conduce a la aceptación más convencida de su ser criatura. Una criatura, sin embargo, cuya imagen última es el Resucitado: destinado a permanecer para siempre con su propio cuerpo”.

³⁶ Ver García Gual, Carlos: “Prometeo: mito y literatura”. FCE, Méjico, 2009. En la mitología griega aparece Prometeo como uno de los dioses de la antigua raza de los titanes, luego vencida por los dioses olímpicos. Prometeo, que había mostrado ya su carácter astuto y traidor cambiando de bando antes de la derrota, aprovecha luego la confianza de Zeus para engañarlo y robarle el fuego (y según algunas versiones las artes) para el progreso de los hombres. Se convierte así, en el mítico protector y benefactor de la raza humana.

Pero el mito dio lugar a múltiples mitemas y lo que en Grecia había sido una querrela entre dioses se transformó –de la mano del romanticismo– en el arquetipo del hombre que se rebela contra Dios.

to a definir el bien, el mal y el ser de las cosas, y a construir un mundo a su gusto, manipulando las leyes de la naturaleza.

Este Prometeo ya no es un dios, es el hombre mismo dispuesto a ser Dios. Valga como ejemplo literario recordar la tan famosa obra de Mary Shelley: “Frankenstein o el moderno Prometeo”, en la que Prometeo es un científico que desafiando al Creador y a sus leyes, crea un nuevo ser. Un nuevo ser que resulta ser un engendro, un monstruo³⁷.

Debemos preguntarnos, entonces: ¿Quién es o pretende ser ahora el hombre: el creador o la creatura? Es decir, ¿el hombre se considera un dios cuya única norma es su voluntad, un dios minúsculo en definitiva, creador inevitable de deformidades; o acepta su carácter de creatura, dotado de una naturaleza específica y de un fin objetivo que debe realizar?

Y, por tanto, trasladado al mundo jurídico, ¿es propio de los legisladores y juristas crear la realidad, lo que las cosas son, o deben las leyes descubrir la realidad, explicitar lo que es, para regularlo siguiendo su naturaleza?

El dilema es existencial, pero no debería serlo en el plano de las ideas y los principios. Quien contemple con ojos desapasionados la realidad no puede sino comprobar la existencia de un orden, de un orden que el hombre no ha creado sino recibido, un orden propio de la vida humana, de las relaciones entre los hombres; y de sus instituciones naturales y, por ello, imprescindibles.

Comprobaría también, sin mayor dificultad, que todas las cosas llevan consigo límites, límites intrínsecos, no impuestos desde fuera; límites, sin embargo, que no son un obstáculo para su libertad sino que le marcan el camino por el cual su libertad alcanzará su plena realización.

La realidad, lo que las cosas (seres, conductas, instituciones, fines) efectiva y verdaderamente son, se nos aparece así como el fundamento por excelencia del derecho. Aquello de lo que el derecho debe nutrirse y regular, respetándolo.

Puede el legislador, de hecho, considerarse autosuficiente, poner su sola voluntad autónoma como regla de todas las cosas, violentar los límites y utilizar su poder para crear una realidad imaginaria, que existe sólo en las leyes y en los libros. Pero no puede hacerlo impunemente.

³⁷ Un interesante desarrollo de la génesis y contexto de la obra en Cross, Esther: “La mujer que escribió Frankenstein”. EMECÉ, Buenos Aires, 2013.

Todo intento de violentar la naturaleza de las cosas, de rebelarse frente a la realidad de la creación, termina inexorablemente en el fracaso. Aunque en el camino produzca daño, injusticia y caos.

Pueden las leyes o los jueces decir que, en ciertas circunstancias, existe un derecho a abortar; que una pareja de homosexuales puede constituir un matrimonio; que el ser humano tiene el sexo que quiere; en fin, que el embrión humano no es un ser humano sino una entidad nueva creada por el derecho. Pueden convertirse entonces en nuevos prometeos, remedos de dioses, creadores de deformidades. Pueden sancionar leyes e imponerlo. Y así lo han hecho. El resultado ha sido la muerte de miles de inocentes en manos del Estado; la destrucción del matrimonio civil; la confusión de los jóvenes en torno a su propia identidad y naturaleza; el congelamiento, la comercialización, la destrucción y la investigación con seres humanos.

Porque, permíteme la insistencia, las cosas son como son; y el derecho debe respetar la realidad, no intentar crearla. Porque la vida humana seguirá siendo un don de Dios del cual el hombre no puede disponer; el matrimonio será siempre la unión de un hombre y una mujer; el sexo estará determinado por un cromosoma desde que fuimos concebidos; y el embrión no implantado será siempre un ser humano.