

# // JURISPRUDENCIA ARGENTINA

## FASCÍCULO 13

DIRECTOR ALEJANDRO P. F. TUZIO

2011 - II

### // DOCTRINA

- 03 El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina  
Por María del Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán

### // JURISPRUDENCIA ANOTADA

- 15 **Donación:** Revocación - Donación de obras pictóricas al Museo Nacional de Bellas Artes - Cargo - Designación de una sala del Museo con el nombre del donante - Incumplimiento - Ejercicio de la acción - Prescripción  
Corte Sup., 2/3/2011
- 31 Revocación de las donaciones y prescripción. Comentario al fallo de la Corte Sup., *in re* "Girondo, Alberto E. v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento"  
Por Rubén H. Compagnucci de Caso
- 36 **Tarjeta de crédito:** Relaciones jurídicas emergentes - Entre el emisor y el titular - Extinción - Destrucción del plástico - Débitos posteriores - Obligación del titular de restituirle los importes al emisor - Inclusión errónea en base de datos de deudores morosos - Responsabilidad - Daño moral  
C. Nac. Com., sala F, 7/12/2010
- 43 Destrucción de la tarjeta de crédito y extinción del contrato  
Por Alejandro Drucaroff Aguiar

### // ACTUALIDADES

- 46 Actualidad en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 4/2011  
Por Horacio J. Romero Villanueva
- 54 Actualidad en Seguridad Social 3/2011  
Por María Teresa Martín Yáñez

### // JURISPRUDENCIA

- 68 Deber del Estado de brindar cobertura médica a un menor sometido a trasplante
- 73 Acerca de la difusión de obras cinematográficas sin autorización de los herederos
- 82 Responsabilidad del organizador de un evento deportivo por las lesiones sufridas por un espectador en las inmediaciones del estadio
- 91 Sobre la tipicidad del delito de anotación de un hijo ajeno como propio

Ver índice de contenido en pág. 1

## El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina

Por María del Pilar Zambrano (\*) y Estela B. Sacristán (\*\*)

### SUMARIO:

**I. Introducción.- II. El embrión en el derecho judicial constitucional argentino.- III. El embrión en la jurisprudencia de otros tribunales.- IV. En síntesis.- V. 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 las discrepancias aparentemente más técnicas acerca de la conveniencia o no de que el derecho recoja una o ambas de las siguientes distinciones:

(a) La distinción de tratamiento entre los llamados “pre-embriones” y los embriones.

(b) La distinción de tratamiento entre los embriones o “pre-embriones” no viables y los embriones o “pre-embriones” viables.

La pretensión de que estas distinciones sean receptadas por el derecho o más aun 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 “pre-embrión”; y/o que condicionan la aparición de la personalidad jurídica a la viabilidad (del pre-embrión y/o del embrión). La segunda proposición establece que, dada la no-personalidad del “pre-embrión” o del embrión no viable, el principio constitucional de igualdad les 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.

En lo que sigue se abordará un análisis precedido de una reseña jurisprudencial constitucional argentina, con miras a inferir los argumentos que se proponen respecto de la aceptación o el rechazo, según los casos, de aquellas distinciones conceptuales. Una vez identificados estos argumentos, se evaluará el grado de coherencia habido entre éstos y luego: (a) las premisas normativas en que se sustentan, (b) el carácter absoluto o no negociable del derecho a la vida y (c) el valor que se pretende reconocer a la vida embrionaria.

Este estudio 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. 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

(\*) Profesora de Filosofía del Derecho (Universidad Austral-Conicet). El presente es un resultado parcial de “El estatus del embrión humano en el derecho argentino”, proyecto de investigación financiado en el marco del segundo concurso interno de proyectos de investigación de la Universidad Austral.

(\*\*) Profesora adjunta de derecho administrativo (UCA); profesora invitada (Universidad Austral).

normativos diferentes, el carácter creativo de la interpretación constitucional justifica un estudio como el que aquí se propone.

No todo es creación, sin embargo, ni en la interpretación jurídica en general ni en la interpretación constitucional. La creación o la 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, dado por los valores jurídicos que cualquier práctica jurídica debe asumir si pretende distinguirse de la violencia (1).

Dos son, con esta exigencia en miras, las preguntas que este mencionado estudio 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 ARGENTINO

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

#### a) Los casos "Tanus", "Portal de Belén" y "Sánchez"

En los fallos "Tanus" (2) y "Portal de Belén" (3), 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 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 la muerte del feto anencefálico 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 anencefálico. Teniendo en cuenta que en el octavo mes, la inducción al parto no

(1) Hemos ahondado en estas consideraciones en Zambrano, Pilar, "La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad", Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2009, *passim*. 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 Dworkin, Ronald, "Law's Empire", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986; "Taking Rights Seriously", Ed. Duchworth, Londres, 1977, caps. I-IV; y "A Matter of Principle", Clarendon Press, Oxford, 1985, caps. I a VII. En "Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 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", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2006. Para una descripción crítica de la propuesta interpretativa de Dworkin, cfr. 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", en *Persona y derecho*, 57, 2007, y las referencias allí citadas; así como "La inevitable 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, su "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales" (Bernal Pulido, Carlos –trad.–) Centro de Estudios, Madrid, 2004, *passim*.

(2) "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 324:5, 2001.

(3) "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", Fallos 325:292, 2002.

modificaba 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 según la que el derecho fundamental a la vida humana rige a partir del momento de la concepción, según lo establecido por el art. 4.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23054) (4), y por el art. 2, ley 23849, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño (5) (6).

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, según quienes "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'" (7).

Desde el punto de vista fáctico, la Corte dio por probado que un anticonceptivo cuyas comercialización y distribución habían sido autorizadas por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, actuaría con tres mecanismos subsidiarios. Por una parte: (i) impediría la ovulación o (ii) funcionaría como espermicida. 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: (iii) 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" (8) y, al así hacer, 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 (...)" (9).

### b) Conclusiones parciales

Los principios y reglas reconocidos y determinados en ambas sentencias del Máximo Tribunal argentino 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 tanto de la normativa 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.

(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.

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

La jurisprudencia de los otros tribunales, 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. Y también invo-

(4) Art. 4: "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".

(5) Art. 2: "Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al art. 1, 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".

(6) Cfr. consid. 11.

(7) Consid. 7.

(8) "Sánchez, Elvira B. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", art. 6, ley 24411 (res. 409/2001), Fallos 330:2304, 2007, donde recordó: "(E)l art. 30, CCiv., define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 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" (consid. 9). Ampliar en Barra, Rodolfo C., "La Corte Suprema protege el derecho a la vida", en Clarín, 14/6/2007.

(9) *Id.*, consid. 11.

lucra decisiones de tribunales federales inferiores a la Corte Suprema federal. Reseñemos tal debate:

*a) Cuestiones de control de natalidad*

La tendencia a regular en el nivel local el derecho fundamental o constitucional a la salud, con particular relación con la salud sexual y reproductiva, comenzó en la década del 90 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 anti-implantatorios o abortivos en general.

Sin embargo, todas las normas promulgadas antes y después de la reforma de 1994 condicionan la prescripción y provisión médica de anticonceptivos a su carácter no-abortivo. Esta misma condición se prevé también en la ley 25673, promulgada en el año 2002 (10). Aunque esta norma rige 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 (11). Esta imprecisión normativa fue objeto de debate judicial en pluralidad de ocasiones después de "Portal de Belén".

Veamos:

(i) *San Luis*: en "Asociación Civil Familia y Vida" (12),

(10) Art. 6, ley 25673: "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 específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT". (La ANMAT es la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica) (el destacado me pertenece).

(11) Cfr. la denominada "anticoncepción hormonal de emergencia" de la res. MS 232/2007.

(12) C. Civ., Com., Minas y Lab. San Luis, n. 2, "Familia y Vida Asociación Civil v. Estado provincial s/amparo", expte. 18-F-2002, del 21/3/2005.

(13) Art. 1, ley 5344.

(14) Art. 4, dec. 127/2003.

(15) Cfr. consid. 3.3.

la justicia puntana declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2, inc. c, ley provincial 5344 de Salud Sexual y Reproductiva, y del art. 4, dec. regl. 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" (13). 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 (14).

El tribunal entendió que este plexo normativo era inconstitucional porque no excluía de modo explícito a los anticonceptivos anti-implantatorios de la obligación estatal genérica de prescribir, suministrar y colocar anticonceptivos en los establecimientos públicos. Textualmente, sostuvo: "(D)esde el momento en que su utilización (v.gr., 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 (art. 19, CN), sino porque en la reglamentación de la ley 5344 sólo se prohíbe que los médicos 'prescriban' (sic, art. 5, dec. 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" (15).

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 inmi-

nente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior? (16).

(ii) **Córdoba:** similar a la ley 5344 de San Luis, la ley 9073, que instaura 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, en su art. 6, de modo taxativo los anticonceptivos permitidos y excluye de la enumeración los contraceptivos de emergencia y el dispositivo intrauterino. Y aunque en su art. 7 faculta a la autoridad de 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 es, 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 los que, como el dispositivo intrauterino o la contracepción de emergencia, fueron excluidos del listado del art. 6, 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 sentencias. En efecto, en "Mujeres por la Vida" (17) 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 art. 6, ley 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 la resolución puntana y la cordobesa radica en la fundamentación y en el alcance de la regla según los cuales 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 anti-implantatorio. 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.

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 anti-implantatorio 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 anti-implantatorio de la anticoncepción de emergencia en cuestión para justificar su prohibición (18).

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* (19).

Por último, como variación de la línea argumental que exige pruebas fehacientes del carácter abortivo o anti-implantatorio de la anticoncepción de emergencia para

(16) *Ibid.*

(17) C. Civ. y Com. 1º Nom. Córdoba, sent. 93, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- v. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/amparo. Recurso de apelación", expte. 1270503/36, del 7/8/2008 (mayoría: Dres. Mario Sársfield Novillo y Mario R. Lescano; minoría -rechazo del amparo-: Dr. Julio C. Sánchez Torres).

(18) Cfr. Juzg. Civ. y Com. 5º Nom. Rosario, "M., N. F. v. Municipalidad de Rosario", 18/6/2008, consid. V.

(19) Cfr. opinión del juez Sársfield Novillo que conformó el voto mayoritario, consid. 11.

justificar su prohibición, también se ha sostenido que el carácter subsidiario o eventual del desencadenamiento del mecanismo anti-implantatorio 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 emergencia es la prueba fehaciente de que actuará frustrando la implantación en el caso concreto en que se la prescribe o suministra (20).

(iii) *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 (21), así resultaron convalidadas —también por razones formales— políticas locales de salud sexual (22).

(iv) *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 anti-implantatorio o abortivo (23).

### b) 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 anti-implantatorio de la anticoncepción de emergencia y del dispositivo intrauterino, o cualquier otro anticonceptivo que actuare o pudiese 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 anti-implantatorio 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 anti-implantatorio 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 anti-implantatorio o abortivo en general de un anticonceptivo para justificar su prohibición.

### c) Estatus del embrión en la discusión sobre técnicas de fecundación in vitro

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 —v.gr., la destrucción— de los embriones. A pesar de que numerosos proyectos de ley (24) 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 primera vez en el conocido precedente "Rabinovich" (25), así como en otros casos posteriores tanto a "Rabinovich" como a la jurisprudencia de la Corte y que recogen con diversos matices una y otra línea jurisprudencial.

La primera y más resonante resolución judicial se produjo en el precedente "Rabinovich", de la Cámara Civil sita en Buenos Aires. En esta ocasión, se dispuso una serie de medidas tendientes a garantizar el derecho a la vida y a la salud de los embriones que, hasta el momento del dictado del fallo, estuvieren crio-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, acogería la Corte Suprema en los ya 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, sobre la base de una lectura sistemática de todos los tratados internacionales de derechos humanos, tratados que poseen rango constitucio-

(20) Cfr. voto minoritario del juez Sánchez Torres en "Mujeres por la Vida", consids. 15 y ss.

(21) Cfr. "Morales, Rosa N. s/aborto", en "Moreno", causa 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).

(22) C. Fed. Córdoba, sala A, "Cuerpo de copias en autos 'Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro (filial Córdoba)' v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 19/3/2003 (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).

(23) Cfr. C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, "P. C. S. y C., L. A. s/fuga del hogar", expte. 167/1, res. def. 4/1, 18/12/2001.

(24) A título de mero ejemplo, puede citarse el expte. 4423-D-2010, trámite parlamentario 080 (22/6/2010), sobre Régimen de Reproducción Humana Asistida y de Crioconservación, suscripto por Silvana M. Giudici, Silvia Storni, Agustín A. Portela y Juan P. Tunessi.

(25) C. Nac. Civ., sala 1ª, expte. 45882/93, "Rabinovich, Ricardo D. s/medidas precautorias", 3/12/1999.

nal según el art. 75, inc. 22, CN. 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 art. 51, CCiv. (26), según el cual es persona todo ente que presente signos característicos de humanidad, posee rango constitucional.

Pero aunque todo hombre sea considerado persona a 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 art. 4.1 ya citado (27), 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 introducida por la Argentina en la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde su concepción (28). Se concluyó sobre esta base en que el citado art. 4.1, leído integralmente con esta declaración, no debía comprenderse en sentido restrictivo del derecho a la vida del nonato.

También a diferencia de la Corte en "Portal", la Cámara consideró la posibilidad lógica de interpretar que las declaraciones y las reservas no posean el mismo rango jurídico-constitucional que el cuerpo del tratado. Opuso a esta posibilidad la frase final contenida en el art. 75, inc. 22, CN, 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 (29).

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 se-

mántica que refiera el concepto de concepción a un evento posterior a la implantación, como por ejemplo 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 (v.gr., 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".

### d) 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.

(b) El sentido jurídico del término "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 aun en el caso del ovocito pro-nucleado, la duda debe ser resuelta en sentido positivo a favor de la vida.

### e) Casos posteriores

En casos posteriores a "Rabinovich", la discusión en torno al estatus jurídico del embrión giró alrededor de 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.

(26) Art. 51. "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

(27) Transcripto en nota 4.

(28) Transcripta en nota 5.

(29) Cfr. consid. VI, cit., "Girolodi, Horacio D. y otro s/recurso de casación - causa 32/93", Fallos 318:514, 1995.

De los siete jueces que intervinieron en los tres casos (30) 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, al del destino de los embriones no implantados (31); 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 de que la conceptualización jurídica del embrión constituiría una cuestión ética y/o religiosa excluida del ámbito de injerencia de un Estado laico (32). Contra la pretensión de que el descarte de embriones estaría proscripto por la normativa local de salud reproductiva, en cuanto 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 es un contrasentido sostener que un método de fertilización, destinado a la procreación, pueda ser considerado abortivo (33). 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 la jurisprudencia emergente de "Portal" y, en algún caso, como válida —mas no vinculante por los distintos órdenes de jurisdicciones comprendidos— la jurisprudencia emergente de "Rabinovich". Aun así, sólo uno de éstos rechazó la preten-

sión 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 (34).

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 dependía 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 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", exigieron que se crio-conservaran los embriones que no se implantarían y que se nombrara un tutor para su custodia (35). Un tercer juez consideró 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 (36), si bien en un caso posterior habría revisado este temperamento (37) y estimó que el derecho a la vida del embrión, recono-

(30) Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., n. 6, "A., M. R. y otros v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007, LL 2008-A-148, eIDial AA439C (sentencia confirmada por la C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As.); C. Cont. Adm. San Nicolás, "S., A. F. y A., H. A. v. IOMA", 15/12/2008, LL 2009-A-408; C. Fed. Mar del Plata, "Loo, Hernán A. y otra v. IOMA y otra", 29/12/2008, en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar) al 5/4/2011.

(31) Cfr. Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., n. 6, "A., M. R. y otros v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007, LL 2008-A-148; y eIDial AA439C (jueza P. López Vergara).

(32) Cfr. C. Cont. Adm. San Nicolás, "S., A. F. y A., H. A. v. IOMA", 15/12/2008, LL 2009-A-408, voto del juez Schreginger, consid. 5, concurrido por el voto del juez Cebey.

(33) *Id.*

(34) Cfr. el voto de la juez Valdez en *id.*, consid. X y XI, esp. consid. 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 aparea el descarte de embriones, y por consiguiente el congelamiento y manipulación y posterior muerte de los mismos".

(35) Cfr. C. Fed. Mar del Plata, "Loo, Hernán A. y otra v. IOMA", *cit.*, voto de los jueces Tazza y Comparato.

(36) Cfr. C. Fed. Mar del Plata, "Loo, Hernán A. y otra v. IOMA", *cit.*, voto del juez Ferro.

(37) Ver C. Fed. Mar del Plata, expte. 12.021, "Blair, Christian y otra v. UP s/amparo", 17/12/2009; del voto del Dr. Tazza, "en adhesión Dr. 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" (el destacado me pertenece).

cido por la Corte en "Portal", integraría el plexo normativo denominado "derecho objetivo" que, como tal, no sería oponible a los "derechos subjetivos" en juego (38), como por ejemplo, el derecho a la salud del hijo enfermo o los derechos reproductivos de los padres.

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 (39), el cual, al momento de fallar la Cámara, devino abstracto (40).

También con posterioridad a esos casos se dictó, en el ámbito bonaerense, una ley de reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad (41) que, en general, difiere a la reglamentación los aspectos bioéticos en ella comprendidos y los coloca 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 (42), fallo que, eventualmente, podría incidir —como punto de referencia o de contraste— en decisiones en materia de donación de embriones.

### f) 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 podrían ordenarse en sentido creciente con relación al acogimiento de la doctrina "Portal", "Tanus" y "Rabinovich" del siguiente modo:

(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 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 la 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 crio-conservados y custodiados por un tutor.

## IV. EN SÍNTESIS

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 intentar poner, en su adecuada perspectiva, la pretensión de que los derechos fundamentales son absolutos y/o incondicionales.

(i) Liminarmente, se advierte que el derecho judicial constitucional argentino, en materia de estatus jurídico del embrión, es relativamente joven: recién en 2001 se produjo el primer fallo en nuestro país.

(ii) En la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina,

(38) Cfr. C. Fed. Mar del Plata, "Loo, Hernán A. y otra v. IOMA", cit., voto del juez Ferro: "(N)o puedo obviar el fallo 'Portal de Belén v. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo' (Fallo P.709.XXXVI) en el cual en su consid. 10, la Corte Sup. 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 les 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 existieran, 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 me pertenece).

(39) C. Fed. General Roca, "H., A. J. v. Swiss Medical Group", 20/8/2010, LL Online AR/JUR/44404/2010.

(40) *Id.*, consid. 4 del voto del juez Barreiro.

(41) Ley provincial 14208, BO del 3/1/2011, reglamentada por dec. 2080/2011.

(42) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "C., G. y otro v. Estado Nacional - Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante res. 69/2009 s/amparo ley 16986", 29/11/2010.

se considera que hay un género ("personas") que comprende a todo ser desde la concepción, que se produce con la fecundación. Por ende, esta jurisprudencia no distingue "etapas" o "estadios" y ello trae aparejado que se vede cualquier acción conscientemente dirigida a interrumpir—eventual o probablemente— el desarrollo del embrión a partir del momento de la fecundación. En esta perspectiva, 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.

(iii) Parte de la jurisprudencia de los otros tribunales considera que los embriones no implantados podrían ser objeto de descarte, que no es visualizado como efecto abortivo de un determinado método de fertilización.

(iv) En otros casos, 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, o bien su condicionamiento a su crio-conservación y al nombramiento de un tutor.

(v) Los embriones implantados, víctimas de una medida de anticoncepción de emergencia, suscitan, en nuestro país, una discusión sobre las consecuencias normativas del debate científico acerca del mecanismo anti-implantatorio de este método anticonceptivo, o de cualquier otro mecanismo que actuare o pudiese actuar frustrando el desarrollo del embrión. El principio *pro-homine* se aplica en algunos casos a favor del embrión y, en otros, a favor del pretendido derecho de la madre a la salud reproductiva.

(vi) Si bien el acotado *corpus* jurisprudencial existente manifiesta una generalizada aceptación del principio general según el que la vida embrionaria es vida personal antes y después de su implantación, esta uniformidad se desvanece en relación con las reglas concretas sentadas en la aplicación del principio genérico, por ejemplo, en materia de descarte de embriones o de efectos secundarios de los mecanismos anticonceptivos.

### V. EL DEBATE SEMÁNTICO-ANTROPOLÓGICO COMO PRESUPUESTO

El debate jurisprudencial en torno al estatus jurídico del embrión continuará desplegándose y enriqueciéndose

en nuestro país—así como en otros Estados— 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, incluso en este estado incipiente de desarrollo, la síntesis aquí efectuada 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 añadirles 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 (43). Por su parte, la escuela crítica concibe 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 (44). 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 (45).

(43) Cfr., p. ej. Rawls, John, "Teoría de la justicia", María Dolores González (trad.), trad. de la 1ª ed. en inglés, FCE, México DF, 1978, p. 165.

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

(45) Uno de los más relevantes representantes actuales de esta tradición es Finnis, John, en "Natural Law and Natural Rights", Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 221; Finnis, John, "Ley natural y derechos naturales", Orrego Sánchez, Cristóbal y Madrid Ramírez, Raúl (trads.), Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, p. 249.

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* (46); otros que son más bien la traslación, al campo jurídico, de clasificaciones conceptuales emanadas de un debate o "discurso" social más o menos amplio y reflexivo (47); y otros que parecen reflejar un orden previo a toda decisión humana (48).

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 (49). 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 con el 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 pertenece, 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, en ocasiones, alguna jurisprudencia indica que se debe un "respeto especial" (50). O, en el otro extremo, develar el sentido de la personación del embrión cuando, según algunas voces de la jurisprudencia argentina, es titular de un respeto devaluado, menos demandante que el respeto

(46) Así, p. ej., el concepto de "emergencia" para modificar contratos de locación (leyes 11156, 11231, 11318); para hacer participar el capital privado y privatizar (ley 23696); para rescindir y readecuar algunos contratos (ley 25344); para modificar obligaciones de ambos sectores, público y privado (ley 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", t. IV, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, ps. 111/140, esp. p. 132.

(47) 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 ley 24076, su reglamentación y las licencias, dec. 2255/1992; cómo se los segmentó, en razón de la crisis energética en el dec. 181/2004, y, por las mismas razones, en la res. Enargas 409/2008; 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, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 391/437.

(48) Así, p. ej., una instalación nunca puede constituir peligro para la salud pública, independientemente de que así lo establezca una norma jurídica, como p. ej. el art. 21, ley 24076 o el art. 16, ley 24065; 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 art. 1, ley 24065, y de la ley 24076. Puede ampliarse en Sacristán, Estela B., "La inseguridad jurídica crea inseguridad energética", en Revista de regulación económica. Empresas & Finanzas, ESAN, Lima, 2010, año 2, n. 2, ps. 95/97.

(49) 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 —intradomiciliarios— de ambos servicios.

(50) Compárese el autocontradictorio respeto emergente de C. Fed. Mar del Plata, "Loo, Hemán A. y otra v. IOMA", cit., voto del juez Ferro: "Ya para concluir y sobre el congelamiento de los embriones sobrantes, confieso que me produce escozor tal congelamiento pues hay cualquier cantidad de ellos congelados y todavía no se sabe qué destino se les dará; si bien comparto la posición del juez Tazza, me permitiría añadir que también con autorización judicial, ante la ausencia de una regla sobre las autoridades sanitarias como lo contempla y se exige en España, previa voluntad expresa de los progenitores mediante el instrumento público respectivo, se pudiera colaborar en una donación de embrión, pues permitiría la posibilidad de que alguien 'lo adopte' (...). De no accederse a tales destinos, otros posibles que podrán darse a los pre-embriones críoconservados (...) serían la donación con fines reproductivos o con fines de investigación (...)" (el destacado me pertenece). Ver, asimismo, el célebre caso estadounidense "Davis v. Davis", 842 SW 2d. 588, [63]: "Concluimos en que los preembriones no constituyen, en sentido estricto, ni 'personas' ni 'propiedad', no obstante lo cual ocupan una categoría intermedia que les da derecho a un respeto especial en razón de su potencial para la vida humana (...)." ("We conclude that preembryos are not, strictly speaking, either 'persons' or 'property', but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life (...)" (el destacado me pertenece).

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 la Argentina; o incluso, el concepto de "autonomía" en la Argentina o el de "privacidad" en Estados Unidos (51), por mencionar un ordenamiento extranjero. Todos éstos, como aquéllos, son comparativamente nuevos con relación a conceptos jurídicos más típicos de la dogmática civil y penal, tales como los de "daño" o "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, pues, 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 sea la praxis semántica que mejor se ajusta a estas características de los derechos humanos y fundamentales son extensos y difícilmente reproducibles en este espacio. Aun así, cabe

por lo menos indicar que se reconducen a la opción básica que se indicó: o bien los principios de derechos fundamentales son construcciones sociales que preceden y determinan su propia referencia, o bien su referencia —algún bien humano básico— precede y determina su significado (52).

Si se construye el significado o el concepto de los derechos fundamentales al margen de su referencia y, más aun, 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 efectivamente 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

(51) En nuestro país, la "autonomía" individual o personal comienza a perfilarse en "Quinteros, Leónidas S. v. Cía. de Tranvías Anglo Argentina", Fallos 179:113, 1937 ("El art. 19, CN, fija como límites a la autonomía individual el orden y la moral públicos"), pero halla su primera concreción recién en "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306:1892, 1984, cons. 8 ("En cuanto al derecho a la privacidad e intimidad, su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19, CN. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual..."). Un fallo posterior es "Ariola, Sebastián y otros", Fallos 332:1963, 2009, anotado por Bianchi, Alberto B., "La despenalización. Otra vez", JA 2009-IV, ps. 501/506, quien se preocupa acerca de "cuáles pueden ser los desarrollos futuros de esta protección de la autonomía personal". En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, se recordará que el concepto de privacidad como derecho constitucionalmente protegido proviene de "Griswold v. Connecticut", 381 US 479 (1965); y es el derecho a la "privacidad" lo que fundó la convalidación de la decisión de abortar en "Roe": "Concluimos, por ende, en que el derecho a la privacidad personal incluye la decisión de abortar" ("*We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision*"); cfr. "Roe v. Wade", 410 US 113, 1973, esp. p. 154.

(52) 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*, 69 (2001), 2091 y ss. Sobre la dimensión semántica del lenguaje como criterio para determinar cuál es el marco o límite de la creatividad interpretativa, cfr., p. ej., Wróblewski, Jerzy, "Sentido y hecho en el derecho", Ezquiaga Gamuzas (trad.), *Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, 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*, 60 (2009), Pamplona, ps. 131-152. Una ilustración acerca de cómo opera el margen semántico en el marco de las diversas interpretaciones que pueden surgir del solo criterio literal escindido de una guía referencial puede verse en Sacristán, Estela B., "Entre la voluntad y las palabras", JA 2006-I, ps. 232/241.

—siempre—, se hacen invulnerables al abuso del lenguaje (53).

Puestos en este punto, cabe, pues, 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 constru-

ye 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—?

## Jurisprudencia Anotada

### DONACIÓN

#### **Revocación – Donación de obras pictóricas al Museo Nacional de Bellas Artes – Cargo – Designación de una sala del museo con el nombre del donante – Incumplimiento – Ejercicio de la acción – Prescripción**

1 – En el marco de la acción tendiente a la revocación de la donación de obras pictóricas a un museo nacional, por incumplimiento de un cargo —dar el nombre del donante a una de las salas del museo—, el punto de inicio para el cómputo del plazo de prescripción de la acción, debe ubicarse en el momento a partir del cual la acción quedó expedita.

2 – La aleatoria noticia subjetiva que el accionante pudo haber tenido respecto del incumplimiento del cargo impuesto al museo nacional donatario de obras pictóricas, no es relevante a los fines del cómputo de la prescripción, pues —en el caso— no se estaría ante un hecho oculto o no susceptible de ser conocido por terceros, ya que el recinto del museo se encuentra abierto al público en general y el conocimiento de sus instalaciones derivaría de una simple información, sin necesidad de ocurrir a una investigación o trámite engorroso.

3 – El alejamiento voluntario del país y su residencia desde 1979 en París por parte del accionante, quien intenta revocar una donación de obras pictóricas a un museo nacional por incumplimiento del cargo que la liberalidad imponía, no puede erigirse en una circuns-

tancia hábil para sustraerlo de las consecuencias de la prescripción, en los términos del art. 3980, CCiv., desde que nada impedía —ni impidió en los hechos concretos— al demandante, que encomendase a terceros la verificación del cumplimiento de los cargos por parte del Estado nacional.

4 – La obligación del donatario, de conservar los cuadros donados en el museo deberá considerarse transgredida en razón de diversos préstamos que autorizó el MNBA a lo largo de los años, circunstancia que justifica la promoción de una acción de revocación de la donación por inexecución de cargos, en los términos del art. 1850, CCiv. —del voto disidente del Dr. Carlos S. Fayt—.

5 – Corresponde hacer lugar a la restitución de las veinticinco obras pictóricas donadas al Museo Nacional de Bellas Artes por la familia del accionante, si la donación lo hubiera sido con el cargo de conservar —a perpetuidad— los cuadros en el museo, y si se hubiera acreditado que de los veinticinco cuadros donados, uno había sido robado del museo, dos se hallaban, a la fecha, en la Residencia Presidencial de Olivos y otro fue hurtado de la Escuela Naval Militar de Río Santiago, donde se encontraba en carácter de préstamo —del voto disidente del Dr. Carlos S. Fayt—.

6 – Toda vez que la posibilidad de que el Museo Nacional de Bellas Artes facilitara en préstamo las obras que integraron la denominada “donación Gironde”, no sólo se hallaba limitada, en principio, por lo establecido en el dec. PEN 150132/1943, citado sino que surgía,

(53) Sobre la semántica constructivista que subyace a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense iniciada en “Roe...”, cfr., p. ej., Breen, John M. y Scaperlanda, Michael A., “Never Get Out the Boat. *Stenberg v. Carhart and the Future of American Law*”, *Connecticut Law Review*, 39, 2006, p. 304.