

Título: **Igualdad, discriminación y fecundación in vitro**

Autor: **Didier, María Marta**

Publicado en:

Cita: **TR LALEY 0003/015727**

SUMARIO:

I. Planteamiento.- II. La doble dimensión del principio de igualdad: la igualdad de iure y la igualdad de hecho.- III. El juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas.- IV. Las implicancias del principio de igualdad en la fecundación in vitro.- V. Conclusiones

I. PLANTEAMIENTO

El descubrimiento de la fecundación in vitro como técnica destinada a dar solución a los problemas de esterilidad o infertilidad ha suscitado grandes problemas e interrogantes tanto al derecho como a la ética. Especialmente, por cuanto "...si la FIV era una tecnología para crear vida y, por consiguiente, era contrario a ella crear embriones humanos que no fueran para uso reproductivo, se ha pasado a considerar la FIV como una práctica que manufactura la vida y donde el 'hecho para la vida' se relativiza en cuanto que la supervivencia de los embriones se ve supeditada por su viabilidad, las características genéticas o simplemente por su utilidad para la investigación en el desarrollo de la propia FIV" (1).

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las exigencias que plantea el principio de igualdad en la regulación jurídica de la fecundación in vitro. Para ello, en primer lugar, se hará una referencia a la doble dimensión del principio de igualdad, el que ha sido entendido como igualdad de iure y como igualdad de hecho, señalando las implicancias que se derivan de cada una de ellas para clarificar el significado y el alcance del mencionado principio constitucional.

En segundo término, se esbozarán algunos lineamientos relativos al juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas, el que constituye una plasmación del principio de igualdad de iure en una de sus facetas: la igualdad en las normas jurídicas generales. A tal efecto, se pondrán de relieve las vinculaciones existentes entre los principios de igualdad y razonabilidad, los juicios que componen al segundo de ellos y la particular modalidad que asume la razonabilidad cuando se trata de juzgar en qué casos se ha violentado el derecho a la igualdad.

Seguidamente, se tratarán las implicancias del principio de igualdad en la fecundación in vitro, a los fines de responder alguno de los interrogantes que plantea la práctica en cuestión y que se vinculan con la razonabilidad de determinadas diferenciaciones efectuadas con relación al embrión concebido in vitro, a saber: a) la condición de persona del embrión humano fecundado dentro o fuera del seno materno como exigencia del principio de igualdad; b) la razonabilidad o arbitrariedad de la distinción entre embrión y pre-embrión, postulada desde ciertas posiciones bioéticas, y c) la selección de embriones en la FIV, con sustento en su viabilidad o condición genética, como práctica sospechosa de discriminación, a la que corresponderá aplicar un examen intensivo de razonabilidad.

II. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA IGUALDAD DE IURE Y LA IGUALDAD DE HECHO

El principio de igualdad ha merecido consagración en la mayor parte de las Constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, lo que es un síntoma de su validez, la que resulta evidente y ampliamente compartida en los Estados democráticos, constituyendo un auténtico tipo, o sea, un lugar indiscutido de la cultura occidental.

La igualdad se ha plasmado como valor, como principio y como derecho, presentando dos dimensiones: la igualdad formal, ante la ley o de iure y la igualdad material o de hecho.

La igualdad de iure se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar discriminaciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos (2).

La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, así como también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad.

Refiriéndose al principio de igualdad en las normas jurídicas generales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el art. 16, CN, no impone una rígida igualdad, entregando a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (3). Conforme con esta doctrina, "el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común" (4).

En efecto, el principio de igualdad no impone una simetría absoluta o un puro igualitarismo, sino que exige tanto diferenciar como equiparar. El principio de igualdad no prohíbe diferenciar, sino que "...impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las condiciones de aplicación, es decir, sobre el conjunto de criterios de clasificación" (5).

Dado que no existe una relación de igualdad o desigualdad absoluta en el ámbito de lo real (6), el principio de igualdad "...implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros (a = b)" (7). La equiparación, basada en la existencia de rasgos comunes, supone "... una cierta abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece" (8).

El principio de igualdad exige también el trato diferenciado, ya que "... la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera indiscriminada, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales" (9). La exigencia de diferenciación supone determinar las características, rasgos o situaciones estimados como relevantes para impartir un tratamiento diferenciado.

Ahora bien, cabe aclarar que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación la libertad de configuración de que goza el legislador no es absoluta, pues está limitada por la exigencia de que tales distinciones sean razonables, por la ausencia de arbitrariedad, indebido privilegio, propósitos de hostilidad o persecución contra determinadas clases o personas (10).

En el mismo sentido se han pronunciado otros tribunales. Así, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse conformes con el art. 14, CE, resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable (11). Desde la visión del Tribunal Constitucional federal, "... la cláusula general de igualdad (art. 3-I) prohíbe las clasificaciones arbitrarias o irrazonables" (12). La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica "... ha considerado que la igual protección demanda razonabilidad en las clasificaciones administrativas y legislativas" (13). Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Constitucional italiana, el principio de igualdad en la ley no sólo implica que el creador de la norma jurídica general no pueda introducir diferenciaciones irrazonables, sino que también exige que situaciones desiguales no sean tratadas de modo igual por el legislador, estando obligado en tales casos a efectuar un tratamiento desigual (14).

La exigencia de que las distinciones normativas sean razonables vincula al principio de igualdad con el de razonabilidad, transformándose el juicio de igualdad constitucional en un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas.

III. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD DE LAS DIFERENCIACIONES NORMATIVAS

Las vinculaciones existentes entre los principios de igualdad y razonabilidad han sido reconocidas por la jurisprudencia y por la doctrina, llegándose a afirmar que "... la estructura misma del juicio de igualdad no puede sino conducir a una valoración también en términos de razonabilidad" (15).

En los Estados Unidos de Norteamérica, el principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo presenta como antecedente la garantía del debido proceso legal, que originariamente constituyó una garantía exclusivamente procesal, para luego evolucionar y transformarse en una garantía que no sólo limitaba al Congreso con relación a los derechos procesales, sino también respecto de los derechos sustantivos. Su fundamento positivo se encuentra en las Enmiendas V y XIV de la Constitución, habiendo sido dictada esta última después de la Guerra de Secesión y con el objetivo de hacer extensivo a los estados locales la interdicción ya establecida al gobierno federal mediante la Enmienda V (16). Asimismo, con la Enmienda XIV se incorpora expresamente a la Constitución de los Estados Unidos el principio de igualdad, con el propósito de que los Estados del Sur no sancionaran leyes en las que los negros fueran tratados de manera diversa a la de los demás ciudadanos (17).

La Corte Suprema argentina también ha invocado y aplicado reiteradamente el principio de razonabilidad, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los arts. 28 y 33, CN (18). La Corte Suprema ha sido reacia a precisar su contenido o significado, limitándose a afirmar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta (19), vinculando también la

irrazonabilidad con la alteración fundamental de los derechos de las personas (20).

Cabe destacar que el principio de razonabilidad no atribuye por sí mismo derechos, sino que brinda un parámetro de control jurisdiccional de las regulaciones o reglamentaciones de los derechos fundamentales (21). Conforme con los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, el principio de razonabilidad, también denominado de proporcionalidad en el derecho continental europeo, se compone de tres juicios o subprincipios: el juicio de adecuación o idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El juicio de adecuación implica valorar si la medida reguladora del derecho fundamental resulta idónea para alcanzar la finalidad pretendida mediante su dictado. Los fines deben ser de carácter público o socialmente relevantes, su consecución posible, tanto fáctica como jurídicamente, y los fines a los que aspira, como los medios elegidos, deben ser constitucionalmente legítimos (22).

Una vez sorteado el juicio de adecuación, corresponde valorar la necesidad de la medida, lo que exige ponderar "...si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces" (23). Dicho de otro modo, "la restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia" (24).

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto supone ponderar "... si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos (costes) compensan o guardan una relación razonable o proporcional con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general" (25). De este modo, "cuanto más grave sea la restricción que se imponga sobre los afectados, tanto mayor tendrá que ser el peso específico del interés general" (26). Lo expuesto implica efectuar un balance entre costos y beneficios, entre ventajas y desventajas, y conlleva el peligro de incurrir en un juicio utilitarista, en tanto bastará encontrar un fin público legítimo e imperioso para justificar una restricción de derechos humanos o fundamentales. En tal sentido, se ha señalado que el subprincipio de proporcionalidad stricto sensu no debe reducirse a un balanceo entre costos y beneficios, sino que además debe exigir, en primer lugar y antes de efectuar dicho balanceo, valorar si la medida afecta el contenido esencial del derecho fundamental en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable. Por tanto, se ha llegado a la conclusión de que la proporcionalidad stricto sensu de una medida presupone dos cosas: "a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido" (27). De este modo, es preciso "...comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí se efectuará el balanceo de ventajas y cargas" (28).

Cabe destacar que considerar que una medida es proporcionada o razonable, no obstante alterar el contenido del derecho de que se trate, implicaría reducir la máxima de razonabilidad a un mero juicio técnico o instrumental, desvinculándola de las exigencias que plantea la justicia y perdiendo de vista su origen histórico: preservar los derechos fundamentales de las intromisiones arbitrarias por parte del Estado. Asimismo, ello supondría una contradicción, pues lo razonable no puede diferir de lo justo y lo justo es aquello que a cada uno le corresponde, es decir, su derecho.

En el derecho argentino, la garantía de la inalterabilidad de los derechos fundamentales constituye una exigencia de razonabilidad de la regulación normativa de tales derechos, prescripta por el art. 28, CN. De allí, el criterio sustentado por la Corte Suprema, para quien "... cuando la sustancia de un derecho constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan, ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno del derecho patrimonial" (29).

En este sentido, se ha señalado que "la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego" (30).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el principio de igualdad exige consagrar un trato legal igual a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, imponiendo que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a algunos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (31).

Cabe destacar que dicha igualdad de circunstancias no es meramente fáctica, pues no existe en el ámbito de lo real una relación de igualdad absoluta entre dos entes o situaciones, por lo que demostrar la concurrencia de dicho requisito conduce ineludiblemente a la determinación de la relevancia de los criterios o elementos tomados en cuenta para establecer las diferenciaciones. En otros términos, demostrar la concurrencia de una igualdad de circunstancias implica una equiparación de una pluralidad de situaciones basada en la existencia de rasgos comunes, previa "...abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la

relación de igualdad que se establece" (32).

La determinación de qué criterios son relevantes para fundar un trato diferenciado conduce ineludiblemente a un examen de razonabilidad de las distinciones formuladas por el creador de la norma, "...examen que a su vez implica la ponderación de medios, la valoración de la importancia y legitimidad de fines y la consideración del contenido de los derechos involucrados" (33).

El juicio de razonabilidad de las distinciones normativas no posee las mismas características que el juicio de razonabilidad de medidas vinculadas con derechos fundamentales diversos al derecho de igualdad. En efecto, "...la jurisprudencia no efectúa el mismo juicio de razonabilidad para todos los casos en los que se invoca una violación del derecho de igualdad, sino que hace depender la intensidad de dicho juicio de los criterios utilizados para diferenciar y de los derechos con respecto de los cuales se establece la distinción de trato impugnada. Así, cuando las normas discriminan en el ejercicio de los derechos fundamentales o utilizan criterios considerados sospechosos, tales como la raza, la nacionalidad, el sexo o la condición de hijo extramatrimonial, puede observarse una intensificación del juicio de razonabilidad, que se traduce en la aplicación de estándares más estrictos y difíciles de superar" (34).

IV. LAS IMPLICANCIAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA FECUNDACIÓN IN VITRO

El principio de igualdad, que tiene por objeto al derecho a la igualdad, se encuentra consagrado en el art. 16 , CN, y en diversos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme con lo dispuesto en el art. 75 , inc. 22, CN, a saber: en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2) (35); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7) (36); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24) (37); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 , inc. 2) (38); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (art. 26) (39); en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5) (40); en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 1) (41), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2) (42).

El principio de igualdad, como toda norma constitucional, posee una vocación expansiva, proyectándose en todas las ramas del derecho y en toda regulación jurídica de hechos o conductas. La regulación jurídica de la fecundación in vitro supone tener en cuenta el principio de igualdad, pues dicha tarea implica valorar, diferenciando o equiparando diversas circunstancias fácticas y conductas que se presentan por las características de la técnica en cuestión.

La técnica mencionada ha dado lugar a determinados interrogantes que se intenta responder desde la doctrina y la jurisprudencia, pretendiéndose por medio del presente iluminar la respuesta a ellos, tomando en cuenta las exigencias que plantea el principio de igualdad en la formulación de las normas jurídicas generales.

Un primer interrogante se suscita respecto del carácter de persona y sujeto de derechos del embrión humano fecundado in vitro, cuestión sobre la cual se efectuará un análisis desde la perspectiva del principio de igualdad. Un segundo interrogante, vinculado con el anterior, se presenta con relación a la alegada distinción entre embrión y pre-embrión, confiriendo al primero el carácter de persona humana y negándosele al segundo. También constituye una problemática el trato impartido a los embriones sobrantes que no han sido transferidos al útero de la mujer y que se congelan o crioconservan, cuyo destino es totalmente incierto, esperando una posterior transferencia al útero materno, una posible adopción (43), o su injusta eliminación y utilización para experimentación. Finalmente, nos abocaremos a analizar si en la práctica de la fecundación in vitro resulta razonable diferenciar entre embriones, tomando como base su estado físico, genético o su viabilidad; reconociendo el derecho a la vida a los que resulten viables o no padezcan de enfermedades genéticas y negándosele a los no viables y enfermos.

a) El reconocimiento de la condición de persona del embrión humano fecundado dentro o fuera del seno materno: una exigencia del principio de igualdad

Diversas normas de rango constitucional y legal, que integran el ordenamiento jurídico argentino, brindan pautas o elementos para determinar la condición de sujeto de derecho del embrión humano fecundado in vitro. Una de ellas es el art. 70 , CCiv. argentino, el que establece que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas. Otra es la CADH, la que reconoce en su art. 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida a partir del momento de la concepción. Asimismo, la declaración interpretativa hecha por la ley 23849 a la Convención sobre los Derechos del Niño , expresa que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad".

Partiendo de la premisa de que el concepto "concepción" ha de entenderse como fecundación del óvulo por el espermatozoide (44), el hecho de que en la FIV no haya concepción en el seno materno no puede constituir

una razón suficiente para negar al embrión humano fecundado in vitro el carácter de persona. En tal sentido, se ha señalado que "...el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 , CCiv., por analogía en mérito a lo dispuesto por el art. 16 del mismo cuerpo legal" (45). Por otra parte, el art. 264 , ley 23264, corrobora la afirmación conforme a la cual el ordenamiento jurídico argentino reconoce la existencia de la persona humana desde el momento de su concepción, pues dispone que "...la patria potestad nace desde la concepción", sin hacer referencia a la concepción en el seno materno.

La interpretación del art. 70 , CCiv., propiciada en el presente constituye también una exigencia del principio de igualdad de iure, puesto que negar el carácter de persona al embrión humano fecundado in vitro implicaría una distinción irrazonable, supondría discriminar injustamente en razón del origen o modo de concepción del ser humano.

En efecto, el lugar donde es concebido o fecundado el ser humano no constituye un criterio razonable o un elemento relevante para distinguir entre quiénes deben ser considerados como seres humanos y, por ello, como sujetos de derechos. La irrelevancia del criterio para afirmar que sólo los embriones humanos concebidos en el seno materno son sujetos de derecho radica en que la razón por la que se les reconoce el carácter de persona no se vincula con el lugar de la concepción o fecundación, sino con la condición de seres humanos. En otros términos, los embriones humanos son personas porque son seres humanos, resultando irrelevante el lugar de su fecundación, lo que implica adherir a una posición filosófica y antropológica personalista (46), rechazando aquellas teorías filosóficas que proponen escindir los conceptos de persona y de ser humano, fundando el primero en características o funciones que admiten grados, por lo que la ausencia de alguna de ellas -según la teoría a la que se adhiera- priva al ser humano de la condición de persona (47).

En efecto, "...si no basta la pertenencia biológica al género humano para garantizar la condición personal de un individuo cualquiera, su dignidad y sus derechos correspondientes, surge una amenaza inquietante para quienes no cumplan las exigencias estipuladas. Así ciertos grupos humanos quedarán excluidos de la comunidad de personas. El poder determinar qué seres humanos cumplen los requisitos para ser personas y gozar de sus derechos, supone anular de raíz el fundamento de la dignidad, situado tradicionalmente en la firme creencia de que el valor supremo de un hombre no puede depender del juicio de otros" (48).

El reconocimiento del carácter personal del embrión humano concebido dentro o fuera del seno materno constituye una exigencia del principio de igualdad, pues "...las realidades: individuo de la especie humana -ser humano- persona humana, no pueden ser escindidas, en cuanto que esto supondría la tiranía y la disposición de unos sobre otros y se rompería la igualdad que tiene que existir entre todos los hombres" (49).

A dicha igualdad hace referencia el art. 1 , DUDH, según el cual "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...". Tal afirmación supone el reconocimiento de la igualdad ontológica de todos los hombres, lo que es denominado por Hervada "la igualdad fundante" (50), y por Cotta el "principio de la personalidad" (51).

Es la igualdad ontológica de los seres humanos la que constituye el fundamento del mandato de no discriminación o acepción de personas, pues por el "principio de la personalidad todo individuo tiene título para el reconocimiento de su cualidad ontológica de ser humano" (52), y por tanto de sujeto de derecho (53). De este modo, "ningún hombre es más o prevalece sobre los demás en cuanto sujeto de derecho. Los derechos valen lo mismo, exigen lo mismo, son igualmente debidos en todos los hombres. En consecuencia, cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre; así, la vida es igualmente derecho en todo hombre; o una cantidad determinada de dinero es igualmente propiedad en un hombre que en otro" (54).

Reconociendo al embrión humano el carácter de persona, se ha señalado que éste es titular del derecho a la igualdad y a la no discriminación por su origen, "...por lo que si el nasciturus que se encuentra en el seno materno, no puede ser matado, no puede ser experimentado, ni clonado, ni tiene su madre ningún poder de disposición sobre él. Tampoco lo puede ser el embrión no implantado hasta el día 14" (55).

Conforme a las razones señaladas, considerar que el embrión humano concebido fuera del seno materno no constituye un sujeto de derechos, con personalidad jurídica, resultaría ilegal, por vulnerar lo dispuesto en los arts. 70 , CCiv., y 264, ley 23264 . Admitir dicha tesis también sería inconstitucional, en tanto implicaría efectuar una distinción injusta, violatoria del principio de igualdad y contraria a expresas disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Como se expuso, el art. 4 , CADH, reconoce el derecho a la vida desde la concepción, sin distinguir si la concepción debe producirse dentro o fuera del seno materno. Asimismo, afirmando el carácter de persona de todo ser humano, el art. 6 , DUDH -norma que es reproducida por el art. 16 , PIDCP-, expresa que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". En idéntico sentido, la DADH, en su art. 17 establece que "la personalidad jurídica jamás puede estar escindida del ser humano". Como

no es posible negar desde el punto de vista genético y biológico que el óvulo fecundado da origen a otro ser diferente de la mujer que lo concibe, y que pertenece a la especie humana, cabe concluir que el óvulo fecundado dentro o fuera del seno materno es un ser humano y, según lo establecido en las declaraciones y pactos precisados, es también un sujeto de derechos, titular del derecho a la vida.

b) La distinción entre embrión y pre-embrión: ¿razonabilidad o arbitrariedad?

Ciertos documentos científicos y bioéticos han postulado la distinción entre embrión y pre-embrión, entendiendo por este último al óvulo fecundado en las etapas tempranas de su desarrollo y por aquél al óvulo fecundado luego del día catorce o quince, que coincidiría con la anidación en el útero materno, con el surgimiento de la cresta neural, con el comienzo de la formación de los órganos del nuevo ser y con la adquisición de la individualidad, pudiendo ser considerado como un individuo humano o una persona durante el resto de su desarrollo (56).

Entre los argumentos esgrimidos por quienes afirman que el pre-embrión antes del día 14 o 15 no es una persona por carecer de individualidad, cabe mencionar aquel según el cual "...con una sola fecundación, a veces, se originan dos cigotos (gemelos monocigóticos) lo que parece indicar que la individuación personal durante los primeros días del desarrollo embrionario no se ha alcanzado totalmente" (57).

La distinción entre pre-embrión y embrión, negando personalidad al primero, permite justificar la moralidad y juridicidad de las siguientes prácticas: a) la fecundación de óvulos y su posterior crioconservación -pues de considerarse una persona el óvulo fecundado antes del día 14 no podría ser congelado por ser contrario a la dignidad humana-; b) el descarte de embriones no viables en la práctica de la fecundación in vitro; c) la experimentación con los embriones sobrantes y, por supuesto, su directa eliminación.

En respuesta a los argumentos esgrimidos en sustento de la pretendida diferencia ontológica existente entre el pre-embrión y el embrión humano, se ha sostenido que "...individualidad no significa indivisibilidad sino unidad del singular. Por ello, los gemelos monocigóticos no son un caso que anuncie falta de individuación en las etapas tempranas del desarrollo embrionario. Lo que sucede es que un embrión individual se reproduce agámicamente y da lugar a otro individuo similar" (58).

Asimismo, con relación al argumento basado en la divisibilidad del cuerpo embrionario, se ha destacado que "...la noción de individuo no significa imposibilidad de división, sino que remite a la idea de organización de la estructura viviente, que está orientada a formar un individuo de la especie en cuestión. Por lo tanto, la divisibilidad del embrión no es necesariamente un argumento contrario a su estatus como individuo biológicamente humano. En el mismo sentido, los nuevos datos acerca de la posibilidad de la clonación humana por transferencia de núcleo ponen en evidencia lo absurdo del argumento de la divisibilidad. Porque tal tesis llevaría a sostener que la persona a partir de cuya célula se genera un clon no sería en realidad un individuo y por eso, en última instancia, ¡ningún ser humano sería una persona!" (59).

La formación de los órganos del nuevo ser y el surgimiento de la cresta neural tampoco pueden ser considerados elementos relevantes para la calificación del óvulo fecundado como un ser humano personal, puesto que, como acertadamente se ha señalado: "...ser persona no es una determinación cualitativa (...) Es esencial para la naturaleza humana el ser poseído por una persona, es decir, por un alguien (...). La personalidad no es de ninguna manera un estado de cosas cualitativo, describable por medio de determinados predicados, sino que determinados estados de cosas descriptibles cualitativamente constituyen para nosotros signos por los que las personas se dan a conocer (...). No podemos entender la persona como consecuencia de los estados actuales de conciencia de un hombre. La persona es el hombre mismo, no un estado determinado de un hombre" (60).

Asimismo, rebatiendo la tesis de la distinción entre pre-embrión y embrión humano, y con el objeto de fundamentar el carácter personal del óvulo fecundado, se ha señalado que "el desarrollo embrionario es un proceso coordinado (bajo control del nuevo genoma humano), continuo (no tiene interrupciones o saltos), irreversible (comprometido a diversos linajes específicos) y gradual (orientado paso a paso). El genoma sufre una serie de modificaciones (reprogramación), que, en coordinación con otros componentes, regula finamente todo el proceso de desarrollo de un organismo humano individual. La vida del embrión humano, en todas sus fases de desarrollo, es propiamente humana. El cariotipo (número de cromosomas característicos de cada especie) del embrión humano nos permite afirmar esto con rigor. La actividad mental supone la existencia de la vida humana, no viceversa. Por ello, el embrión humano, aun cuando todavía no cuente con el sistema nervioso central es reconocido como un organismo vivo de especie humana, como un individuo humano" (61).

Valiéndose de la distinción aristotélica entre materia y forma, y con el objeto de demostrar que la aparición de determinados órganos o cualidades en el embrión no lo califican como humano, se ha destacado que "...la identidad individual del embrión humano, posteriormente del bebé, del infante y del adulto, está determinada

por la identidad de una forma, no de una materia. Identidad que tendrá una dimensión sincrónica articulante de las partes del todo orgánico, pero que también gozará de una dimensión diacrónica. La forma del organismo humano es un orden complejo estructural y dinámico de lo múltiple" (62).

Se ha argumentado en contra de la tesis que sustenta la distinción entre pre-embrión y embrión que "el embrión es realidad humana, individuo de la especie, persona, desde que es cigoto, porque posee toda la información del sistema respecto del término: tiene como propia la capacidad de un desarrollo orgánico. Y actualizará en cada tiempo de su vida toda la información de ese momento vital (...). Una vez que comienza el desarrollo de un ser humano, establecer una frontera a partir de la cual, y no antes, se exija su protección moral y legal implica una decisión arbitraria" (63). El criterio para determinar la muerte del embrión es el que determina su carácter de individuo desde la fecundación: "...la organización desde el día 1 de su existencia como unidad vital" (64).

El embrión es un individuo de la especie humana desde la fecundación, puesto que "desde la aparición del fenotipo cigoto hay una vida en marcha que se autoconstruye. Por eso es un viviente; y es un viviente humano porque surge de un código que expresa especie humana y auto-organización (...). Lo que vemos y percibimos del viviente son las formas que adquiere la materia autoconstruida, a lo largo del tiempo que dura la existencia de un hombre sobre la tierra, los sucesivos y cambiantes fenotipos visibles en el decurso de los años (cigoto, feto, niño, adulto, anciano) (...). El hecho es que la dinámica de auto-organización según el paradigma informacional -expresando un comportamiento unitario y al modo de un verdadero organismo- implica que el viviente sea siempre el mismo pero no lo mismo. Es decir, que aunque el soporte material de la información, las moléculas y otros elementos, van cambiando con el tiempo por interacción con el medio; el viviente sigue siempre el mismo" (65). Por ello, cabe afirmar que "...es contrario a la lógica del principio de identidad que de una corporeidad biológica ya constituida, según una determinada esencia, derive, en una segunda fase, un ser humano para el cual esta misma corporeidad le sea extrínseca. El embrión perteneciente a la especie biológica humana, que no fuera desde el inicio verdadero individuo humano, no podría llegar a serlo sucesivamente sin contradecir la identidad de la propia esencia" (66).

Tal como se expuso, la finalidad de la distinción entre pre-embrión y embrión humano consiste en posibilitar éticamente el congelamiento de óvulos fecundados y la selección de aquellos considerados viables y sanos para asegurar el éxito de la FIV, la experimentación con los no viables o enfermos y su consecuente eliminación. Todas estas prácticas resultan contrarias a la dignidad humana desde la tesis que sostiene el carácter personal del embrión humano a partir de la fecundación, por cuanto menoscaban el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de que son titulares los seres humanos, con independencia de cualquier condición.

Si bien en el presente se entiende injustificada la diferenciación entre pre-embrión y embrión con el objeto de negar carácter personal al primero de ellos -por las razones esbozadas y que han sido objeto de desarrollo en los trabajos citados-, aun cuando para algunos pudiese existir alguna duda al respecto, basta que existan argumentos plausibles para reconocer al embrión humano el carácter de persona desde el momento de la fecundación, a los fines de considerar dicha diferenciación como contraria al principio de igualdad.

Con relación al debate existente en el campo científico y filosófico respecto de la condición de persona del pre-embrión o del embrión humano antes del día 14, se ha señalado con acierto que "...el legislador puede -y debe- proteger al embrión humano, no porque esté seguro de su carácter de persona, sino precisamente porque lo ignora. Y en caso de duda sobre la violación de un derecho subjetivo, cuando es altamente probable que tal violación exista, la protección jurídica se impone. El derecho, si no quiere perder su razón de ser, no puede abstenerse de proteger la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, incluso -sobre todo- cuando ella es más débil para defenderse por sí misma" (67).

En el sentido señalado se ha pronunciado la sala 3ª del Tribunal Constitucional de la República de Ecuador, sosteniendo que "...esta sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el art. 49 de la Constitución, con un alcance en favor de la persona y del derecho a la vida (...). Se trata pues de aplicar el universal principio del *in dubio pro homine*, esto es que en caso de duda se debe estar a favor de la persona" (68).

Resultando indiscutible que el óvulo fecundado pertenece a la especie humana, puede afirmarse que es un ser humano, titular de los derechos humanos que le corresponden en razón de su dignidad, pues valen lo mismo y son igualmente debidos en todos los hombres. En efecto, los derechos humanos "...no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso (...), las declaraciones y

pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente que los posee todo hombre con independencia de cualquier condición" (69), como podrían ser las señaladas para distinguir entre el pre-embrión y el embrión.

La falta de reconocimiento por parte del orden jurídico del carácter de personas a determinados grupos de seres humanos -como son los embriones humanos antes del día 14-, y la consiguiente denegación de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida, supone una violación del principio de igualdad de iure, en tanto implica efectuar clasificaciones o categorías entre seres humanos, sobre la base de criterios arbitrariamente escogidos, los que merecen ser calificados, parafraseando a la jurisprudencia estadounidense, como verdaderamente sospechosos y cuyo común denominador es la situación de indefensión y vulnerabilidad en que tales seres humanos se encuentran.

c) La selección de embriones en la FIV: una práctica sospechosa de discriminación

En los tratamientos de fecundación asistida, cuando las leyes lo permiten, suele fecundarse más de un óvulo, para "...aumentar la eficacia procreativa con las menores molestias posibles y permitir la selección de aquellos embriones considerados óptimos por su estado de previsible salud, o por mera elección del sexo" (70).

Esta selección de embriones humanos se realiza mediante el llamado diagnóstico genético preimplantatorio, por el que se efectúa la evaluación genética de los embriones recién formados a los fines de transferir los que resulten viables y libres de defectos o enfermedades genéticas, experimentando o destruyendo los que no resulten viables o sean portadores de enfermedades o defectos genéticos (71).

La selección de embriones supone una conducta que diferencia o discrimina entre seres humanos tomando en cuenta su capacidad física para desarrollarse y completar diferentes estadios del crecimiento humano, negando a los embriones no viables, o sea, no capaces de crecer con éxito en el útero de su madre y a aquellos portadores de defectos o enfermedades genéticas, los derechos a la vida y a la integridad física (72).

Acertadamente se ha advertido que el diagnóstico preimplantatorio supone un retorno a la eugenesia y plantea un problema ético fundamental: "...¿tenemos derecho a fijar una lista de exigencias de calidad a los seres humanos recién concebidos, para decidir quiénes merecen seguir viviendo y quiénes no?..." (73). Además, "...¿quién tiene derecho a decidir cuáles son los buenos genes, que deben ser alentados, y cuáles son los malos, que justifican la eliminación de su portador?" (74).

La práctica selectiva referida resulta directamente contraria al principio de igualdad, según el cual los derechos humanos son igualmente debidos en todos los hombres, así como también al art. 1, CDN, el que obliga a los Estados a asegurar, sin distinción alguna, los derechos enunciados en dicha Convención, a todo niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de los impedimentos físicos o cualquier otra condición del niño.

Teniendo en cuenta que la ley ratificatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que ha de entenderse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad, cabe afirmar que el criterio de la viabilidad y de la ausencia de determinados defectos genéticos para seleccionar cuáles embriones deben ser transferidos implicaría utilizar uno de los criterios prohibidos por la precitada Convención, cual es el de los impedimentos físicos para ser implantados en el seno materno.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la adopción de uno de los motivos prohibidos en los pactos internacionales de derechos humanos hace pesar sobre la legislación que lo incluye una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (75).

La viabilidad o condición genética de los embriones humanos como criterio para determinar su destrucción o exclusión -aunque no implique su destrucción, pero sí su congelamiento- en la práctica de la FIV, supone la utilización de lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha denominado un criterio sospechoso de discriminación, entendiéndose por tal a aquellos que comprenden a una clase "...cargada con tales incapacidades, o sujeta a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o relegada a una posición tal de impotencia política como para disponer de una protección extraordinaria del proceso político mayoritario" (76). Los embriones humanos no viables y los portadores de una enfermedad genética, por su supuesta falta de capacidad para desarrollarse en el útero materno y por su impotencia política para hacer oír su voz en el proceso político, pueden ser calificados como una categoría sospechosa, cuya utilización en una futura legislación estaría afectada por una presunción de inconstitucionalidad.

Conforme a lo expuesto, la selección de embriones en la práctica de la FIV implica una violación manifiesta del derecho a la igualdad por las siguientes razones: en primer lugar, porque implica eliminar o excluir a los embriones no viables y a los portadores de defectos genéticos, denegando a este grupo de seres humanos indefensos los derechos a la vida y a la integridad física, los que se deben reconocer a todo ser humano en condiciones de igualdad y sin distinción alguna, por constituir la vida humana "...un bien básico que nadie tiene

derecho a elegir destruir, en cualquiera de sus manifestaciones (en cualquier ser humano vivo)" (77). En segundo lugar, porque conlleva un trato discriminatorio entre seres humanos por motivo de sus condiciones físicas, lo que se encuentra expresamente prohibido por el art. 1 , CDN, pesando sobre la legislación que llegare a convalidar dicha práctica una sospecha de inconstitucionalidad, con desplazamiento de la carga de la justificación.

Dicha carga de la justificación supondrá argumentar y probar la razonabilidad del trato diferencial referido y dispensado a los seres humanos en la etapa inicial de su existencia -la embrionaria-. Para ello, por encontrarse en juego derechos fundamentales, cuales son los derechos a la vida y a la integridad física, y por valerse la selección señalada de la condición física como criterio expresamente prohibido por la Convención sobre los Derechos del Niño -tal como se expuso en los párrafos precedentes-, corresponderá la aplicación de un escrutinio estricto, o sea, de un examen de razonabilidad intensivo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos aplica lo que ha llamado un escrutinio estricto: "...primero: cuando los actos del gobierno clasifican a las personas en los términos de su capacidad para ejercitar un derecho fundamental; segundo, cuando las clasificaciones gubernamentales distinguen entre personas en términos de algún derecho, sobre una base sospechosa" (78).

El escrutinio estricto supone que no cualquier propósito gubernamental legítimo será considerado como suficiente para sustentar la diferenciación normativa sometida a juzgamiento, sino que en su lugar requerirá que el gobierno demuestre que está persiguiendo un fin imperioso y primordial. Aun si el gobierno puede demostrar tal fin, la Corte no confirmará la clasificación, salvo que los jueces hayan llegado independientemente a la conclusión de que la clasificación es necesaria o se encuentra estrictamente adaptada (*narrowly tailored*), para promover dicho interés primordial (79). En palabras del tribunal, el escrutinio estricto exige que "...la ley deba perseguir un interés estatal imperioso mediante los medios menos restrictivos disponibles" (80). Los estándares referidos se identifican con los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto esbozados en el tít. III del presente trabajo.

El escrutinio aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, al omitir referencia alguna al juicio de alteración del contenido del derecho fundamental involucrado y reducir el juicio de proporcionalidad en sentido estricto a un balance entre costos y beneficios, entre ventajas y desventajas, conlleva a la valoración de la razonabilidad de una discriminación en términos de racionalidad instrumental (81). Desde dicha concepción de la razonabilidad, bastará encontrar un fin imperioso para el interés público -como, por ejemplo, descubrimientos en la investigación de enfermedades incurables- para justificar el trato discriminatorio dispensado a grupos de seres humanos débiles e indefensos -los embriones humanos in vitro no viables o enfermos-, mediante la denegación de sus derechos fundamentales.

La Corte Sup., en el caso "Partido Nuevo Triunfo" (82), ha sostenido que corresponde la aplicación de un examen más riguroso "...cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos)" (83), recordando que "el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de `raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' (arts. 1 , CADH, y 26 , PIDCP)" (84). Asimismo, del análisis de los precedentes del Máximo Tribunal de la Nación puede concluirse que cuando se avocó a juzgar las distinciones que involucraban derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial, aplicó un examen intensivo de razonabilidad, que he denominado "escrutinio extraordinario" (85).

Dicho escrutinio supuso valorar la razonabilidad de la distinción cuestionada aplicando los siguientes juicios o subprincipios: a) el juicio de adecuación. En los últimos precedentes relativos a supuestos de discriminación por razón del origen nacional, la nacionalidad y la opinión política, se intensificó el juicio de adecuación, requiriendo que la clasificación normativa impugnada -el medio- promoviera efectivamente la finalidad perseguida mediante su dictado, resultando insuficiente una genérica adecuación a los objetivos buscados (86). Ello implicó una evolución en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, puesto que en casos anteriores esta relación de adecuación fue valorada con una manifiesta flexibilidad, sin exigir una relación sustancial o efectiva entre medios y fines (87). b) El juicio de necesidad, exigiendo que la diferenciación cuestionada sea la menos restrictiva, dentro de las igualmente eficaces, de la norma iusfundamental involucrada (88). c) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por el que se requirió una relación proporcionada entre la clasificación impugnada y los fines perseguidos, de modo tal que dichos fines revistan la suficiente importancia para el bien común como para compensar la restricción impuesta al grupo discriminado. d) El juicio de alteración del contenido del derecho fundamental con respecto del cual se estableció la distinción de trato. En algunos casos, el tribunal valoró particularmente si el derecho fundamental en juego se veía alterado en su sustancia,

concluyendo en la constitucionalidad de la clasificación impugnada cuando aquélla se mantenía incólume [\(89\)](#).

Así, a diferencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para el Máximo Tribunal de la Argentina la razonabilidad de una medida no depende únicamente de que sea adecuada, necesaria y proporcionada al interés público que se pretende alcanzar, sino que también dicha razonabilidad supondrá que los derechos fundamentales en juego se mantengan inalterables en su sustancia -aplicando lo que se ha denominado el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental involucrado-. De tal modo, se evita reducir la razonabilidad a un cálculo utilitarista y se preserva el carácter inviolable de los derechos humanos.

La selección de embriones en la práctica de la FIV implica, por las razones desarrolladas precedentemente, una práctica sospechosa de discriminación, al involucrar la denegación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, debiendo ser sometida a la aplicación de un escrutinio estricto. Por ello, para la justificación de dicha práctica desde la perspectiva del principio de igualdad, no bastará alegar que la selección de embriones humanos in vitro es adecuada a los fines de asegurar el éxito de la FIV, no existiendo otros medios igualmente idóneos y menos restrictivos de los derechos a la vida y a la integridad física de los embriones no transferidos. Será también necesario demostrar que dicha finalidad es imperiosa o sustancial para el bien público y que se mantienen incólumes los derechos a la vida y a la integridad física de los embriones in vitro no transferidos al útero de la madre. Esto último resultará muy difícil o imposible de superar, puesto que la no transferencia de determinados embriones conlleva -aunque no se destruyan y tan sólo se crio-conserven- un inminente daño a su integridad física, además de un atentado contra la dignidad humana.

Asimismo, una futura legislación reguladora de la práctica de la FIV, para no estar afectada por una presunción de inconstitucionalidad por discriminación, deberá prohibir la selección de embriones in vitro con sustento en la viabilidad o condición genética del embrión, por estar expresamente vedado dicho criterio de diferenciación en el art. 2, CDN, debiendo dicha regulación someterse al ya referido escrutinio estricto, el que también conlleva el desplazamiento de la carga de la justificación y de la prueba.

La selección de embriones en la práctica de la FIV se encuentra en las antípodas del significado y el alcance que el principio de igualdad ha tenido en la cultura occidental y en el ordenamiento jurídico positivo argentino. Ello, por cuanto supone la cosificación del embrión humano en aras de mejorar la técnica con el fin de "...presentar mejores productos a los padres o satisfacer fines de investigación de los investigadores. La lógica que se instaura con la FIV es la de la producción de objetos, una lógica que constituye una relación de desigualdad entre el técnico que produce y aquello que es producido y, por lo tanto, también una relación de dominio del uno sobre el otro" [\(90\)](#). Justamente lo contrario a la relación de dominación es la relación jurídica, pues mientras la primera se funda en la desigualdad de los sujetos que participan de esa relación, la segunda presupone la igualdad ontológica del ser humano, pues si ella no existiera o si los individuos del mismo nivel ontológico no la reconocieran, no sería posible instaurar relaciones de justicia [\(91\)](#). Es esta igualdad ontológica de los seres humanos el fundamento del principio de igualdad y la que se ve manifiestamente desconocida mediante la crioconservación, selección, experimentación y destrucción de embriones humanos in vitro.

V. CONCLUSIONES

A partir de las ideas y argumentos desarrollados en este trabajo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El principio de igualdad se ha plasmado históricamente como igualdad formal, ante la ley o de iure y como igualdad material o de hecho. La igualdad de iure se identifica con el principio de igualdad ante la ley y se proyecta como: a) igualdad en las norma jurídicas generales; b) igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos.

2. El principio de igualdad en las normas jurídicas generales no impone una rígida igualdad, gozando el legislador de una amplia libertad de configuración a los fines de clasificar y agrupar los objetos de la legislación. No obstante ello, dicha libertad está limitada por la exigencia de que las clasificaciones sean razonables, transformándose el juicio de igualdad constitucional en un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas.

3. El principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo, conforme con los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia, se compone de tres juicios o subprincipios: a) el juicio de adecuación; b) el juicio de necesidad, y c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el que supone que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado e introduce restricciones tolerables o proporcionadas en la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido.

4. El juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas no posee las mismas características cuando es aplicado para juzgar medidas vinculadas con derechos fundamentales diversos al derecho de igualdad. Así,

cuando las normas discriminan respecto del ejercicio de derechos fundamentales o utilizan criterios considerados sospechosos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Argentina ha intensificado el juicio de razonabilidad, mediante la aplicación de estándares más estrictos y difíciles de superar.

5. Expresas disposiciones legales y constitucionales exigen reconocer el carácter de persona del embrión humano concebido dentro o fuera del seno materno, sin efectuar distinción alguna: los arts. 70 , CCiv. -el que resultaría aplicable por analogía al embrión humano concebido fuera del seno materno-; 264 , ley 23264; 4 , CADH; 6 , DUDH; 16 , PIDCP, y 17 , DADH. Asimismo, la ley 23849 , que contiene la declaración interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño , entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad.

6. El lugar donde es concebido o fecundado el embrión humano no constituye un criterio razonable o un elemento relevante para distinguir entre quiénes deben ser considerados como sujetos de derecho, puesto que la razón por la que se les reconoce tal carácter radica en la condición de seres humanos.

7. La distinción entre embrión y pre-embrión resulta arbitraria, puesto que el embrión humano es un individuo de la especie humana y tiene capacidad propia para un desarrollo orgánico. Por pertenecer a la especie humana, es titular de los derechos humanos, que valen lo mismo y son igualmente debidos en todos hombres.

8. La falta de reconocimiento del carácter de personas a determinados grupos de seres humanos -los embriones humanos antes del día 14- y la consiguiente denegación de los derechos a la vida y a la integridad física, implica efectuar una distinción irrazonable, contraria al principio de igualdad, con sustento en criterios arbitrariamente escogidos, cuyo común denominador es la situación de indefensión y vulnerabilidad en que tales seres humanos se encuentran.

9. La selección de embriones viables y no portadores de una enfermedad genética a los fines de ser transferidos al útero de la mujer, así como la crioconservación, experimentación o destrucción de aquellos no viables o enfermos, constituye una discriminación irrazonable por denegar los derechos a la vida y a la integridad física de los embriones no transferidos, debiendo ser sometida dicha práctica a un escrutinio extraordinario o estricto.

10. Para la justificación de la selección de embriones se deberá aplicar un escrutinio estricto. Ello significa que no bastará demostrar que la selección es adecuada para el éxito de la FIV, no existiendo otros medios igualmente idóneos y menos restrictivos de los derechos a la vida y a la integridad física de los embriones no transferidos. Será también necesario acreditar que dicha finalidad es imperiosa para el bien público y que se mantienen incólumes los derechos a la vida y a la integridad física de los embriones in vitro, juicio que resultará muy difícil o imposible de superar por las razones señaladas en los epígrafes precedentes.

11. Una futura legislación reguladora de la práctica de la FIV deberá prohibir la selección de embriones in vitro con sustento en la viabilidad o condición genética, por estar expresamente vedado dicho criterio de diferenciación en el art. 2 , CDN.

12. La práctica de la FIV insta una relación de dominación del hombre sobre el hombre, puesto que el embrión humano es cosificado y sometido a las exigencias de la técnica. Dicha relación de dominación es lo contrario a la relación jurídica, pues la primera se funda en la desigualdad de los sujetos que participan de ella, mientras que la segunda presupone la igualdad ontológica de todos los hombres, como fundamento del derecho y del principio de igualdad.

NOTAS:

(*) Abogada (Universidad Nacional del Litoral); doctora en Derecho (Universidad Austral); profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y de la Universidad Católica Argentina (sede Paraná); abogada del Estudio Didier & Klix Buteler.

(1) Pastor García, Luis M., "La vida embrionaria y su respeto en los albores del siglo XXI", www.giftandtask.org/doc/pastor.pdf, p. 14.

(2) Sobre las distinciones entre igualdad en la ley, frente a la ley y de derechos, cfr. Bobbio, Norberto, "Equaglianza" y "Libertà", Enciclopedia del Novecento, vol. II, ps. 355-364, y vol. III, ps. 994-1004 respectivamente, 1977. Se cita de la edición en castellano: "igualdad y libertad", introd. de Gregorio Peces Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Ed. Paidós, ICE UAB, Barcelona, 1995.

(3) Cfr. Fallos 115:111 (4) Fallos 322:2701 (5) Laporta, F., "El principio de igualdad. Introducción a su análisis", Ed. Sistema, 1985, p. 11.

(6) No es posible encontrar en la realidad una relación de igualdad absoluta, ya que "...las cosas y los

hombres son tan desiguales como un huevo a otro; la igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determinado de una desigualdad dada" (Radbruch, Gustav, "Filosofía del derecho", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 46). Tampoco cabe referirse a una desigualdad absoluta, pues los seres concretos "... son iguales al menos -aunque de ninguna manera sólo por ello- porque `son'. Existen sólo la igualdad y desigualdad parcial: semejanza y disimilitud" (Kauffman, Arthur, "Analogía y naturaleza de la cosa", Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1976, p. 72).

(7) Pérez Luño, Antonio-Enrique, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales", Anuario de Derechos Humanos, 1, Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 265.

(8) Pérez Luño, Antonio-Enrique, "El concepto de igualdad...", cit.

(9) Pérez Luño, Antonio-Enrique, "El concepto de igualdad...", cit., p. 268.

(10) Cfr. Fallos 182:355 (11) Cfr. Trib. Constitucional de España, sent. del 2/7/1981; sents. 75/1983; 261/1988; 28/1992; 229/1992 y 186/2004.

(12) Kommers, Donald P., "The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany", 2ª ed., Duke University Press, Durham and London, 1997, p. 290.

(13) Tribe, Laurence, "American Constitutional Law", 2ª ed., The Foundation Press Inc., Mineola, New York, 1988, p. 1439. Cfr. 404 US 71, 1971; 410 US 356, 359, 1973; 501 US 452, 471, 1991; entre muchos otros.

(14) Para la Corte Suprema argentina, el principio de igualdad resultaría vulnerado "...si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes" (Fallos 327:4495 (15) Viola, F., "Prólogo", en Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 12.

(16) Cfr. Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inominada en la Constitución Argentina" (17) Cfr. Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes...", cit., p. 35.

(18) El art. 28 (19) Cfr. Fallos 249:252 (20) Cfr. Fallos 199:466 (21) Cfr. Barnes, Jonathan, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre 1994, p. 519.

(22) Cfr. Barnes, Jonathan, "Introducción al principio...", cit., p. 503.

(23) Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad...", cit., p. 79.

(24) Barnes, Jonathan, "Introducción al principio de proporcionalidad...", cit., p. 505. Para valorar la necesidad de la medida, Bernal Pulido agrega al criterio de la eficacia tres más: a) el de la temporalidad, lo que implica que el medio alternativo sea tanto o más expeditivo que la medida legislativa cuestionada; b) el de la realización del fin, lo que supone que el medio alternativo contribuya para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan por causa de la medida legislativa y c) el de la probabilidad, conforme al cual el medio alternativo debe contribuir con tanto o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato (cfr. Bernal Pulido, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 739).

(25) Barnes, Jonathan, "Introducción al principio...", cit., p. 507.

(26) Barnes, Jonathan, "Introducción al principio...", cit., ps. 507-508.

(27) Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad...", cit., p. 99.

(28) Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad...", cit.

(29) Consid. 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano en "Dessy", Fallos 318:1894 (30) Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad...", cit., p. 98. Con respecto de las diversas teorías acerca de qué ha de entenderse por contenido esencial de los derechos fundamentales, cfr. Alexy, Robert, "Theorie der Grundrechte", 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994. Se cita de la edición en castellano: "Teoría de los

derechos fundamentales", trad. de Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Gavara De Cara, J. C., "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Medina Guerrero, Manuel, "La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales", Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996; Martínez Pujalte, Antonio, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Serna, Pedro y Toller, Fernando, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000; Bernal Pulido, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, y Cianciardo, Juan, "El principio de razonabilidad...", cit.

(31) Cfr. Fallos 16:118, 1875; 95:327, 1902; 117:22, 1913; 123:106, 1916; 124:122, 1916; 126:280, 1917; 132:198, 1920; 137:105, 1922; 138:313 (32) Pérez Luño, Antonio-Enrique, "El concepto de igualdad...", cit., p. 265.

(33) Didier, María Marta, "El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, en prensa, 2011.

(34) Didier, María Marta, "El principio de igualdad...", cit., p. 94.

(35) "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otro alguna".

(36) "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

(37) "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

(38) "Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

(39) "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

(40) "De conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2 (41) "A efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

(42) "1. Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

(43) Sobre la adopción de embriones crioconservados, cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E., "La adopción", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 147-152, y "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones", ED 182, 1999, ps. 1645 a 1651; Medina, Graciela, "La adopción", t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 35-41.

(44) Acerca de las razones que avalan el comienzo de la existencia de la persona humana desde el momento

de la fecundación, cfr. Guerra López, Rodrigo, "Hacia una ontología del embrión humano", ponencia presentada en el Tercer Congreso Internacional de la Federación Internacional de Centros e Instituciones de Bioética de Inspiración Personalista, 29/9/2005, [www.arvo.net/pdf/Ontologembrion\(1\).htm](http://www.arvo.net/pdf/Ontologembrion(1).htm); Andorno, R., "La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión", Cuadernos de Bioética, 2004/1, ps. 29-36; De Santiago, M., "Estatuto biológico, antropológico y ético del embrión humano", 28/5/2004, www.bioeticaweb.com/content/view/963/40/lang/es/I y Pastor García, Luis M., "La vida embrionaria y su respeto...", cit.

(45) Medina, Graciela, "De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta", en "Derecho de Familia. Libro en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 330.

(46) Sobre la concepción personalista, como respuesta al problema del comienzo de la existencia de la persona humana, cfr. Spaemann, Robert, "¿Son todos los hombres personas?", www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/Default.aspx?aid=162, del 18/4/2002; Possenti, Vittorio, "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", en Serna, Pedro y Massini, Carlos I., (ed.), "El derecho a la vida", Ed. EUNSA, Pamplona, 1998, ps. 111-146; Hervada, Javier, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en Massini Correas, Carlos I. (comp.), "El iusnaturalismo actual", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; Andorno, R., "Incidencia de la fecundación in vitro sobre la distinción entre personas y cosas", Persona y Derecho, n. 26, 1992, ps. 9-27, y De Santiago, M., "Estatuto biológico, antropológico y ético...", cit.

(47) Entre las características que se han señalado como definitorias de la condición de persona, pueden mencionarse la autoconciencia, la racionalidad, el discernimiento moral o los estados mentales psicológicos conscientes. Una reseña de las diferentes teorías acerca de lo que ha de entenderse por persona puede verse en Possenti, Vittorio, "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", en Serna, Pedro y Massini, Carlos I., "El derecho a la vida...", cit., ps. 111-146.

(48) Pastor García, Luis M., "La vida embrionaria y su respeto en los albores del siglo XXI", www.giftandtask.org/doc/pastor.pdf, p. 20.

(49) Pastor García, Luis M., "La vida embrionaria...", ps. 19-20.

(50) Hervada, Javier, "Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho", Ed. EUNSA, Pamplona, 1992, p. 210.

(51) Cotta, Sergio, "Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica", Ed. Giuffrè, Milano, 1985. Se cita de la edición en castellano: "El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica", trad. de I. P. Pastor, Ed. EUNSA, Pamplona, 1987, p. 153.

(52) Cotta, Sergio, "Il diritto...", cit., p. 153.

(53) La triple identificación entre ser humano, persona y sujeto de derecho no es, no obstante, algo que se acepte de modo universal con todas sus consecuencias. Cfr. al respecto, Serna, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en Massini, Carlos I. y Serna, Pedro (ed.), "El derecho a la vida", cit., 1998.

(54) Hervada, Javier, "Lecciones propedéuticas...", cit., ps. 211-212.

(55) Medina, Graciela, "De la naturaleza...", cit., p. 333.

(56) Cfr. Guerra López, Rodrigo, "Hacia una ontología del embrión humano...", cit.; Sambrizzi, Eduardo A., "La procreación asistida y la manipulación genética", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 139; Ferrer, Francisco A. M., "El embrión humano y la nueva Constitución", JA 1995-II-859 y Blanco, L. G., "El preembrión humano (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)", ED 155-589.

(57) Cfr. Ford, N. M., "When did I Begin? Conception of the Human Individual in the History, Philosophy and Science", Cambridge University Press, Cambridge, 1988 y Mc Cormick, Robert, "Who or What is a preembryo?", en Kennedy Institute of Ethic Journal, 1991, n. 1, ps. 1-15, citados por Guerra López, Rodrigo, "Hacia una ontología del embrión humano...", cit., p. 10.

(58) Guerra López, Rodrigo, "Hacia una ontología del embrión humano...", cit., p. 15.

- (59) Andorno, R., "La dimensión biológica de la personalidad humana...", cit., p. 33.
- (60) Spaemann, Robert, "¿Son todos los hombres personas?...", cit.
- (61) Guerra López, Rodrigo, "El embrión humano es persona desde la fecundación", www.arvo.net/pdf/Embrion_persona.htm.
- (62) Guerra López, Rodrigo, "El embrión humano...", cit.
- (63) López Moratalla, Natalia, "La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida", *Persona y Bioética*, septiembre-diciembre 2003 - enero-abril 2004, años 7 y 8, ns. 20-21, p. 10.
- (64) López Moratalla, Natalia, "La realidad...", cit., p. 11. López Moratalla cita los descubrimientos de Magdalena Zernicka-Goetz, por los que concluyó que "...la primera división del huevo influye en el destino de cada célula y, por último, en todos los tejidos del cuerpo. En efecto, la organización del embrión está creada antes de la implantación" (cfr. Zernicka-Goetz, Magdalena, "Patterning of the Embryo: the First Spatial Decisions in the Life of a Mouse", *Development*, 129:815-829, 2002, cit. por López Moratalla, Natalia, "La realidad del embrión humano...", cit., p. 15). En igual sentido, se ha señalado que "...las investigaciones de Zernicka-Goetz han demostrado que el linaje de las dos primeras blastómeras ya implica una radical diferenciación, pues unas conducen el código de un niño y otras el código del corion y la placenta. Por tanto, la tesis de que las células del embrión preimplantatorio juegan un solo papel nutricional hasta la aparición del verdadero linaje embrionario en la MCI, es sencillamente un error" (De Santiago, M., "Estatuto biológico, antropológico y ético del embrión humano", 28/5/2004, www.bioeticaweb.com/content/view/963/40/lang.es/I).
- (65) De Santiago, M., "Estatuto biológico, antropológico y ético...", cit., p. 9.
- (66) De Santiago, M., "Estatuto biológico...", cit., p. 10.
- (67) Andorno, R., "El derecho europeo ante las nuevas técnicas de procreación humana: ¿primacía de la técnica o primacía de la persona?", *Humana Iura*, n. 3, 1993, p. 44.
- (68) ED 222:2007, p. 40. El principio pro homine también fue invocado por la Corte Sup., en el caso "Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", Fallos 325:292 (69) Hervada, Javier, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en "El iusnaturalismo actual...", cit., ps. 120-121.
- (70) López Moratalla, Natalia, "La realidad del embrión humano...", cit., p. 8.
- (71) La ley española 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, prevé en su art. 12, incs. 1 y 2, la posibilidad de practicar técnicas de diagnóstico pre-implantacional. Sobre dicho diagnóstico y a favor del mismo cfr. Coco, R., "Algunas consideraciones sobre los aspectos éticos del diagnóstico preimplantacional (Diagnóstico genético del embrión preimplantado)", *Cuadernos de Bioética*, n. 0, Ed. Ad-Hoc, ps. 53-64.
- (72) Se ha señalado que "...la definición de viabilidad del embrión vivo in vitro (basada en criterios morfológicos o genéticos) tiene un carácter negativo: se trata de definir qué condiciones observables de los embriones in vitro pueden asociarse a su estado de salud: es decir, qué criterios permiten predecir las probabilidades de no continuar el desarrollo después de que anide en el útero. El mismo concepto de viabilidad hace referencia también a los defectos cromosómicos o del desarrollo embrionario, que no permiten que llegue a término y nazca, o lo haga con tales carencias y malformaciones, que no sobreviva en un margen de tiempo tras la separación de la madre" (López Moratalla, Natalia, "La realidad del embrión humano...", cit., p. 21).
- (73) Andorno, R. L., "El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro", *Cuadernos de Bioética*, n. 0, Ed. Ad-Hoc, p. 27.
- (74) Andorno, R. L., "El derecho...", cit., p. 28.
- (75) "Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires" (76) 427 US 307, 313, 1976.
- (77) Finnis, John, "Un argumento filosófico contra la eutanasia", en Keown, J., (comp.), "La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales", Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 58. Cfr. "Natural Law and Natural Rights", Clarendon Press, Oxford, 1980. Se cita de la edición en castellano "Ley natural y derechos naturales", estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, p. 117.

(78) Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., "Constitutional Law", 6ª ed., Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, ps. 639-640.

(79) Cfr. Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., "Constitutional...", cit., p. 639.

(80) "Bernal v. Fainter", 467 US 216, 219, 1984.

(81) Con referencia a la razón instrumental, se ha sostenido que ella "...tiene sus propios valores: eficacia, utilidad, dominio; sus propios supuestos filosóficos: materialismo, empirismo positivista, evolucionismo, y sus propias actitudes frente a la vida: hedonismo, economicismo y secularismo. Todo ello la hace orientarse necesariamente en el sentido de un dominio cada vez mayor sobre el hombre, de una creciente despersonalización y de una progresiva subestimación de las dimensiones espirituales de la persona: su libertad, su autonomía, su unicidad, su interioridad; así como del consiguiente menosprecio de los derechos que de estas dimensiones se siguen: derecho a no ser muerto, a ser tratado como persona, a no ser considerado nunca un mero medio para un fin y tantos más" (Massini Correas, Carlos I., "Tecnociencia, eticidad y fecundación in vitro", Sapientia, vol. XLIV, 1989, p. 55).

(82) Fallos 332:433, 2009.

(83) Íd., consid. 6 del primer voto.

(84) Ibíd.

(85) Cfr. Didier, María Marta, "El principio de igualdad en las normas jurídicas...", cit., cap. 4.

(86) Cfr. "Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires" (87) Cfr. "Radulescu, Alejandro C. v. Gobierno Nacional s/contencioso administrativo" (88) Cfr. "Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires" (89) Cfr. "Gabrielli, Mario C. V. Estado Nacional", Fallos 315:2708 (90) Pastor García, Luis M., "La vida embrionaria...", cit., p. 9.

(91) Cfr. Cotta, Sergio, "El derecho en la existencia humana...", cit., p. 156; y Hervada, Javier, "Lecciones propedéuticas...", cit., p. 210.