

# LA FERTILIZACIÓN ASISTIDA Y LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA<sup>1</sup>

Por Gustavo Leonardo Carranza Latrubesse

1. Fertilización asistida y derecho a la salud reproductiva. 2. Principio de la existencia de la persona. Argentina y países íbero americanos. 3. La cuestión de los embriones. 4. Criterio de la Corte IDH. 5. El orden público de la Constitución Nacional argentina. 6. El interés superior del niño. 7. Conclusiones.

La ponencia apunta a la protección de la persona en orden a su existencia física, sosteniendo que la calificación de 'persona' y el 'derecho a la vida', operan desde el instante de su concepción, como una unidad indisoluble que permite predicar de ella, de modo exclusivo, la condición de 'dignidad'. El orden público interno de la Constitución marca el límite de disposición de los derechos en crisis, frente a los instrumentos sobre derechos humanos que se le subordinan al compartir su supremacía en el Derecho argentino.

Abstract. The presentation aims to protect the person in order of their physical existence, holding up that the qualification of 'person' and the 'right to life' work from the moment of conception as an indissoluble unit that allows preaching from it, exclusively, the condition of 'dignity'. The Public Order of the Constitution points out the limit of the provision of rights in crisis, versus the human rights instruments that are submitted to it by sharing its supremacy in Argentine Law.

**1. Fertilización asistida y derecho a la salud reproductiva.** Ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que la infertilidad es una enfermedad. Como tal, ha de merecer especial atención pues, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina (CSJ), el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (CN)<sup>2</sup>. No abordaré las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), pero sí algunos de sus efectos jurídicos, donde la supervivencia del embrión requiere la más enfática defensa.

**2. Principio de la existencia de la persona. Argentina y países íbero americanos.** En el derecho positivo argentino, en particular en el Código Civil de Vélez Sarsfield (CC), sancionado en 25/09/1869 (rigió desde el 1 de enero de 1871, Ley 340), derogado por el

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el Congreso Internacional a 800 años de la creación de la Universidad de Salamanca (España). 26 de octubre de 2018.

<sup>2</sup> CS, doctrina de *Fallos* 323:3229, 325:292, entre otros.

Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), según Ley 26.994 (B.O. N° 32.985 de 08/10/2014), la persona por nacer, es ‘persona’ desde la concepción y, como tal, se le reconoce allí capacidad de adquirir ciertos derechos que hace suyos definitivamente con el nacimiento con vida, aunque fuere un instante luego de su separación del seno materno (art. 64, CC). El art. 51, CC, establece que “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”, que el CCCN llama ‘persona humana’. En su art. 63, CC, dice: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. La nota de Vélez es contundente: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”. Cita en sentido concordante los CC de Austria, de Luisiana y de Prusia, e indica al CC de Chile, con una visión diferente, desde que les atribuye carácter de personas a ‘los nacidos’.

**2.1. El CC de Bolivia.** Vigente desde el 2/04/1976. En el párrafo I del art. 1° (Libro Primero, Título I, Capítulo I ‘Del comienzo y fin de la personalidad’) sigue al CC de Chile: “El nacimiento señala el comienzo de la personalidad”; y, en el párrafo II, establece que “Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida”. El art. 6, CC, que se titula protección de la vida, con cita del art. 7 de la Constitución política, dispone que “La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el Código presente y las demás leyes pertinentes”. En su art. 663, admite la donación a favor de quien está ‘solamente concebido’ e ‘hijos aún no concebidos’. El art. 1008, párr. 3°, dice que “Los hijos, aún no estando concebidos todavía, de una determinada persona que vive al morir el testador, pueden ser instituidos sucesores (arts. 1 y 1122 del Código Civil)” (sic).

**2.2. El CC de Colombia.** Vigente desde 1876, con modificaciones legislativas y correcciones de la Corte Constitucional. Si bien el art. 90 dice que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” (párr. 1°), el art. 91 dispone que “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”. Antes, el art. 33, dispone que “La palabra persona, en su sentido general se aplica a la especie humana, sin distinción de sexo”, y el art. 74, dice que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (sic).

**2.3. El CC de Brasil.** Rige desde el 02/01/2002. Su art. 2, dispone que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (sic). El art. 1597, dispone que “Presumem-se

concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (sic).

**2.4. El CC de Chile.** Rige con modificaciones desde el 01/01/1857. Si bien el art. 74 establece que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” (párr. 1º), el art. 75, establece que “La ley protege la vida del que está por nacer. ... Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

**2.5. El CC de Costa Rica.** Rige desde el 01/01/1888. Dice su art. 31: “La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal” (con la reforma de la Ley N° 5476, de 21/12/1973). El art. 605, CC, permite instituir heredera a la ‘persona por nacer’ (último párr.). Rige un Código de la Niñez y de la Adolescencia, cuyos arts. 2 y 3, último párrafo, definen niño ‘desde su concepción’. El art. 195, declara esa ley de orden público.

**2.6. El CC de Cuba.** Aprobado en la sesión legislativa de 16/07/1987, con vigencia 180 días después de su publicación, dispone en su art. 24, que “La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte”, pero el art. 25 establece que “El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorable a condición de que nazca vivo”. El art. 28.1, dicta que “La persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento”. El art. 21 de la Constitución política dice que “La vida humana es inviolable” (sic).

**2.7. El CC del Ecuador.** Rige a partir de noviembre de 1970. Su art. 41 dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros” (sic). El art. 60, primer párrafo, dice que “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre”; y el art. 61, agrega, siguiendo el texto citado del CC de Chile, que “La ley protege la vida del que está por nacer. ...”. El art. 63, se refiere a la ‘criatura’ y dice: “Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras

personas como si la criatura no hubiese jamás existido”. El art. 2, Cód. de la Niñez y la Adolescencia, actualizado al 7/07/2014, define al niño ‘desde la concepción’.

**2.8. El CC de El Salvador.** Rige desde el 01/07/1860. Dice su art. 26: “Llámase infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos” (sic). El art. 62, repite el texto de los CC chileno, colombiano, ecuatoriano, nicaragüense, uruguayo, venezolano, al sostener que “Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (sic). Los arts. 72 y 73 repiten el texto del CC de Ecuador (“La ley protege la vida del que está por nacer”). El art. 76 establece que los derechos que se ‘referirían’ a la criatura que está en el vientre de su madre quedan en suspenso, sujetos al nacimiento con vida. El art. 468 se refiere a la curatela ‘del que está por nacer’ y el art. 490, dispone que “cesa a consecuencia del parto” (sic). Rige desde 11/12/2004 un Código de Familia; en el art. 351, inc. 2º, dice que todo menor tiene derecho “A la protección de su vida desde el momento en que sea concebido” (sic).

**2.9. El CC Federal de Méjico.** La última reforma que conozco es de 28/01/2010. En su art. 22 establece que desde su concepción el individuo merece la protección de la ley, que “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código” (sic). El art. 1314 permite adquirir por testamento a los concebidos.

**2.10. El CC de Guatemala.** Mantiene el criterio de que la personalidad se adquiere por el nacimiento, gozando antes de la protección de la ley; así resulta de su art.1.

**2.11. El CC de Honduras.** Reproduce que “La existencia legal de toda persona principia al nacer” (sic, art. 51, primer párrafo); exige el nacimiento con vida, y que sobreviva ‘un momento siquiera’ desde la separación de la madre. El art. 52, establece la protección de la ley, según la fórmula indicada antes (“La ley protege la vida del que está por nacer”). El art. 54, repite la fórmula de la suspensión del derecho de “la criatura que está en el vientre materno” (sic), a la condición de que nazca con vida.

**2.12. El CC de Nicaragua.** Rige desde 1904 (el anterior, desde 1871 a 1904); dice, en el art. 1, que “Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas” (sic, nuestro texto dice ‘ente’). El art. 2, repite que “Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (sic). Comparte el criterio de los CC precedentes que postulan el inicio de la existencia legal de la persona con el nacimiento (art. 5). El art. 7

dice que tienen ‘incapacidad absoluta’ (debiera entenderse ‘de obrar’), inc. 1, “las personas por nacer”. En el art. 11, dice que “Son personas por nacer las que están concebidas en el vientre materno”. El art. 13 repite la fórmula de la protección de la vida del *naciturus*. El art. 19, dice: “Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas, y antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida”.

**2.13. El CC de Panamá.** Rige como Ley N° 2, de 22/08/2016. Sigue las normas del CC chileno. En su art. 41 sostiene que la persona natural principia con el nacimiento. Reconoce derechos a la persona por nacer y se lo tiene por nacido en todo lo que le favorezca. El art. 43 sigue la fórmula antes referenciada de que “La ley protege la vida del que está por nacer” (sic).

**2.14. El CC de Paraguay.** Ley 1183 de 23/12/1985, vigente desde 1986, sigue en esta temática la orientación del CC argentino. En su art. 28 dispone que “La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno” (sic). Limita la capacidad para adquirir bienes por las vías indicadas. El art. 37, inc. ‘a’, CC, declara, con rigor técnico, incapaces absolutas de hecho a las personas por nacer, y les confiere su representación a los padres (art. 40, inc. a). Por ley 2169, de ‘mayoría de edad’, se modifica el art. 1 de la Ley N° 1702/01, que dispone: “A los efectos de la interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establécese el alcance de los siguientes términos: a) Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; b) Adolescente: toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y, c) Mayor de edad: toda persona humana desde los dieciocho años de edad” (sic).

**2.15. El CC de Perú.** Rige desde el 14/11/1984. El art. 1, dice: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. El art. 43, prevé la ‘incapacidad absoluta de ejercicio’; se incluye en el inc. 2, a los que, por cualquier causa, se encuentren privados de discernimiento, lo que incluye a las personas por nacer, aunque no lo dice, que asumen sus representantes legales (art. 45).

**2.16. El CC de la República Dominicana.** No encuentro ninguna referencia al inicio de la existencia de la persona humana, ni una definición acerca de su personalidad, si bien regula con detalle la inscripción de los nacimientos. Hay una sola referencia a la ‘concepción’ en el supuesto del rapto (art. 340, CC de la República Dominicana, que prohíbe la indagación de la paternidad). Hay algunas referencias al ‘concebido’, entre

ellas, la del art. 725, que niega la capacidad de suceder al que “no ha sido aun concebido” (sic) y al niño que no ha nacido viable. El art. 906, dice que basta con estar concebido para recibir por donación y por testamento, a la muerte del testador.

**2.17. El CC de Uruguay.** Rige desde el 19/10/1995. El art. 21 dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana” (sic). El art.252 concede a ambos padres la patria potestad y los representan (art. 258 y administran sus bienes, art. 267). No encuentro referencia alguna a la persona por nacer. Rige un Código de la Niñez y Adolescencia, que relaciona sus derechos y deberes. El art. 1 lo declara aplicable “a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad”; no hay referencia a los concebidos o personas por nacer.

**2.18. El CC de Venezuela.** Vigente desde el 26/07/1982, su art. 16, dice: “Todos los individuos de la especie humana son personas naturales” (sic). El art. 17, dice: “El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo” (sic). El art. 1.443, establece que “Los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido” (sic, primera proposición).

**2.19. El CC y el CCCN argentinos.** Sancionado éste por la Ley 26.994, el CCCN, vigente desde el 01/08/2015, ha suscitado numerosas divergencias sobre la condición que el Anteproyecto que le dio origen atribuyó a los embriones humanos. El Título I, del Libro Primero, Parte General, del Código sancionado, se refiere a la ‘persona humana’, lo que ha permitido a algunos discernir que ciertos animales fueran ‘personas no humanas’ y sujetos de derechos<sup>3</sup>. El art. 19, dice: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. No la define sino que se refiere a la época de la misma, como “lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo” (sic, art. 20), confundiendo concepción y embarazo. Decía Vélez Sarsfield en la nota al art. 72, CC: “Por otra parte, ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿Qué médico puede decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre, y no los 180, los seis meses fijados por las leyes?” (sic). El CC, en el art. 63, dice: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno” (sic). El CCCN tiene tres referencias a las personas por nacer: en el art. 24, in. ‘a’ (incapacidad de hecho), en concordancia con el art. 101, inc. ‘a’, cuando

---

<sup>3</sup> Fallo de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, de 18/12/2014, autos ‘Orangutana Sandra s/ Pedido de habeas corpus’; resuelve otorgarle “el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos son titulares de derechos”, aunque el CCCN dice que son ‘cosas’ y establece un régimen a su respecto (art. 1947, inc. ii, como ‘cosas muebles’; el art. 1759 remite al art. 1757, relativo a la responsabilidad por el hecho de las cosas, en donde la responsabilidad es objetiva; por cierto, la responsabilidad es del dueño o guardián de la cosa, art. 1758).

establece que sus representantes son sus padres, y en el art 592, sobre impugnación preventiva de la filiación, que no se aplica en caso de TRHA, con lo que habría una nueva categoría de hijos, a los que se les prohíbe la indagación de su filiación, con lo que se viola su derecho a la identidad (arts. 7 y 8, CDN, de jerarquía constitucional, arts. 31 y 75, inc. 22, CN argentina)<sup>4</sup>. El art. 70, CC de Vélez, dejó asentada una tradición jurídica que encarna en el art. 33, CN, sobre derechos implícitos o no enumerados, además del principio romano (*nasciturus pro iam nato habetur*, ‘al por nacer se lo tiene por nacido’). Dice el art. 70, CC: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre” (sic)<sup>5</sup>.

**2.20. La Ley 26.862 de Reproducción Médicamente asistida.** Sancionada el 5/06/2013. Su objeto fue “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1). Comprende las “técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2), autorizando la manipulación de embriones humanos para satisfacer aquellos objetivos, todavía vigente el CC. Tiene derecho “a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad” (art. 7), los que quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) a cargo del sistema público, de la seguridad social (obras sociales) y privado de salud (prepagas), sin exclusión por la orientación sexual o el estado civil de las personas (art. 8). Sus disposiciones son de orden público y aplicables en todo el territorio nacional (art. 10). Reglamentada por Decreto N° 956/13, cuya Exposición de Motivos (EdeM) invoca, entre otras citas, el Derecho internacional de los DDHH, “la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa” (sic). No hay una ley de protección de los embriones, pero sí un Proyecto en Diputados, inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 26.862 (Expte. N° 6803-D-2013). El art. 8, dispone que las personas pueden acceder hasta a cuatro tratamientos de baja complejidad y hasta tres de alta complejidad, con intervalos de tres meses; etc.

**2.21. El CC del reino de España.** Vigente por real decreto de 4/07/1889, influyó en la codificación americana, siguiendo en lo que aquí toca, la orientación del CC chileno, así

---

<sup>4</sup> Art. 2. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna...”. Viola, además, el art. 16, CN, sobre ‘igualdad de los iguales’ frente a la ley.

<sup>5</sup> Vélez Sarsfield usó en el art. 74, CC, un giro comparativo (‘como si no hubiera nacido’). Equivale a establecer que el nacimiento con vida opera bajo una condición suspensiva, como lo han expresado otros ordenamientos.

como se advierte la influencia del CC argentino en la conceptualización de la culpa (art. 512, CC argentino, art. 1104, CC español). El art. 29, dice: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”, siempre que nazca con vida (art. 30), una vez producido el entero desprendimiento del seno materno<sup>6</sup>. Es un argumento o falacia circular, y carece de sentido sostener que el derecho se consolida retroactivamente a la fecha de la concepción<sup>7</sup>. El art. 627, CC, le concede derecho a recibir por donación.

**2.21.1. Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.** Tiene una última modificación en 29/07/2015. El art. 2 refiere al interés superior del menor – que prima “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”-, y lo declara tal hasta los 18 años. No se refiere a la concepción, al embrión ni a la persona por nacer, pese a que España ratificó la CDN, en 30/11/1990, en tanto ‘niño’, según el art. 4.1, lo es desde la concepción. La EdeM enfatiza en sostener la calidad de ‘sujetos de derechos’, sobre la base de “las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”. En el art. 21 bis, relativo a los menores acogidos, se les reconoce el derecho de “Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad” (punto 1.j). Debe correlacionarse con la Ley de TRHA, que reserva la identidad del donante.

**2.21.2. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRHA.** La EdeM indica como precedentes la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Esta última permitía la experimentación sobre los embriones, con restricciones y diferenciaba entre los concebidos antes y después de su vigencia. La Ley 14/2006 fue modificada en 14/07/2015 (BOE-A-2006-9292). Introdujo la noción de preembrión, definido en el art. 1.2, como “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde” (sic). El art. 3.2, establece que “En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo” (sic). No se advierte en qué consisten los “instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión”. El art. 5.1, caracteriza a la donación de gametos y preembriones, como contrato gratuito entre el donante y el centro

---

<sup>6</sup> Modificado por la Disposición final tercera. Reforma del Código Civil, según Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio.

<sup>7</sup> Así piensa Antonio Gullón Ballesteros, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta –Coordinador-, Barcelona, 2000, t. I, p. 589. El reconocimiento de la personalidad desde la concepción, evita esa problemática.

médico<sup>8</sup>, por lo que autoriza a contratar sobre seres humanos, además de sobre los productos del cuerpo. El contrato deberá ser escrito, y se garantiza el anonimato del donante, aunque el hijo nacido y las mujeres receptoras pueden reclamar información del donante, que no incluya su identidad. Viola también el derecho a conocer el origen biológico del niño que habrá de nacer, según la CDN. Tiene el mismo criterio de la ley argentina en orden a la elección de las nuevas TRHA según los avances tecnológicos y científicos. Prohíbe la clonación con fines reproductivos, y permite el diagnóstico genético preimplantacional<sup>9</sup> en prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento (sobre el preembrión vivo *in vitro*, art. 12.1.a y 13.1) y la posibilidad de seleccionar preembriones que “puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo” (sic); permite la experimentación en embriones humanos y su utilización en otras personas y así lo dispone expresamente respecto de los sobrantes (art. 11.4.c). Una suerte de ‘rueda de auxilio’ o almacén de repuestos para casos de necesidad. De acuerdo a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (modificada en 2 de junio de 2011, BOE-A-2007-12945), es ‘embrión’, “la fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, ...” (art. 3.l). Y es ‘feto’, el “embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación” (art. 3.n), y hasta el momento del parto. Esta ley, si bien prohíbe la constitución de embriones y preembriones ‘para’ la investigación, la permite con amplitud respecto de los sobrantes, así como autoriza la donación de preembriones, embriones y fetos humanos con fines de investigación (art. 1.b). El art. 2, sobre ‘principios y garantías’ de la investigación biomédica, es un verdadero galimatías; parece que al ‘ser humano’ no se le garantiza *integridad* y sí a la ‘persona’ como si fueran diferentes. No advierto que más allá de la

---

<sup>8</sup> El ‘dueño’ del preembrión es el centro médico (donatario gratuito), y será quien contrata con los interesados en la fertilización. Podrá disponer de los sobrantes con fines reproductivos (art. 11.4.b), pero requiere el consentimiento de los progenitores (art. 11.5 y 6, últ. párr., Ley 14/2006). La mujer contará con tantos preembriones como necesite sin límite de edad, en tanto se le asegure ‘posibilidades razonables de éxito’ y que no haya daño a la salud de la mujer, ni resulte perjudicial para los eventuales descendientes. Llama la atención que la mujer no pueda seleccionar personalmente el donante (art. 6.5); en tal caso, la eugenesia la practica el banco de esperma, en tanto ‘dueño’ –donatario- de los gametos y embriones.

<sup>9</sup> No lo prevé la ley argentina, aunque contradice el principio de legalidad del art. 19, CN, pero no impide la responsabilidad del médico y del banco de gametos y su aseguradora, por los daños que resulten, en razón de la ‘confianza especial’ que resulta de la alta especialización; conf., CNCiv., sala D, 26/10/2016, “G., A. M. y Otros c/ R., L. R. y Otros s/ Daños y Perjuicios-Resp. Profesionales Médicos y Aux.”, que los condenó en virtud de la fibrosis quística adquirida a través de uno de los gametos utilizados; elDial.com - AA9A9A, publicado el 08/11/2016.

declamación de su EdeM<sup>10</sup>, se proteja la dignidad de lo humano, que cede en favor de la autonomía personal y de los centros de investigación y aplicación de TRHA, en perjuicio de la persona por nacer que no tiene, así, defensa ni defensor alguno. El punto de partida que lo permite casi todo, es la consideración de que la personalidad humana no empieza con su concepción, dentro o fuera del seno materno<sup>11</sup>.

**2.21.3. La Ley de Protección del Embrión N° 745/90 de Alemania.** De 12/12/1990, en su art. 8.1, sostiene que “hay ‘embrión’ desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares” (sic). En el párr. 2, dice: “El óvulo humano fecundado se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras 24 horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se hubiera constatado, antes del transcurso de este período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular” (sic). También, establece penas privativas de la libertad y multa, entre otras interdicciones, a “quien provocara el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo” (sic, art. 2.1).

**3. La cuestión de los embriones.** Si bien el art. 19, CCCN argentino, estableció que la existencia de la persona comienza con la concepción, sin establecer el ámbito en que se produce, el art. 21, CCCN, agregó un nuevo sujeto, el ‘implantado’, con iguales derechos que el ‘concebido’. Dice: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida” (sic). El carácter de persona del art. 19, se mantiene en el segundo párrafo del art. 21, pues dice que “Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume” (sic). El implantado (embrión humano formado por TRHA), recién adquiere el carácter de persona –según el texto-, con la implantación, y consolida sus derechos con el nacimiento con vida, lo que lo instala en la categoría de ‘cosa’ hasta aquel momento; aunque hay quien sostiene que no es lo uno ni lo otro<sup>12</sup>. El

---

<sup>10</sup> “..., la Ley establece que la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado...” (sic; *sic transit gloria mundi*).

<sup>11</sup> En las definiciones del art. 3, Ley 14/2007, no se encuentra ‘ser humano’ ni ‘persona’, pese a que en la EdeM la Ley tendería a precisar “importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano” (I,2º párr.).

<sup>12</sup> El problema de los sexos no debiera ser un ‘problema’ jurídico; el ordenamiento clasifica y separa las ‘personas’ y las ‘cosas’, estableciendo las relaciones que se anudan entre aquéllas, y el modo en que se adquieren y disponen éstas, o se responde de los daños causados con su intervención. En Argentina, en la causa ‘Comunidad Homosexual Argentina’, la homosexualidad fue considerada por la Academia de Medicina y aceptada por la CSJ como una ‘anomalía’

art. 51 dispone: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. El CCCN trae tres referencias al embrión. El art. 9, de la Ley 26.994, establece normas transitorias; la Segunda, de interés en este estudio: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación) (sic). La Tercera dice: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y *siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.*” (cursiva agregada). Sin concordancia con esta disposición, el art. 562 establece: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, *con independencia de quién haya aportado los gametos*” (sic, cursiva añadida ahora). Se prescinde de la titularidad del material genético utilizado. El art. 563 establece que debe constar en el Registro que el inscripto ha nacido mediante TRHA. El art. 564, autoriza la indagación cuando es relevante para la salud y, ‘por razones fundadas’, a que se revele la identidad del donante. El art. 575, que insiste en que en los casos de TRHA es el consentimiento informado y libre, el que define la filiación, por lo que “no se genera vínculo jurídico alguno” (sic) con el tercero aportante, pero se admite su indagación en orden a los impedimentos matrimoniales. Refiere al derecho del hijo a conocer la identidad biológica, sólo para preservar su derecho a la salud y en razón de

---

(“desviación del instinto sexual normal”). Confirmó por mayoría el fallo de cámara, que justificó la negativa de la IGJ de negarle la personería jurídica, en razón de que el Estatuto hacía una exaltación de la homosexualidad. El voto del juez Boggiano, anticipa lo que la presión de las minorías genera en la sociedad general: “Y no parece irrazonable que el tribunal originario haya juzgado exenta de arbitrariedad la decisión de la Inspección que denegó tal objetivo. Una minoría tolerada requiere siempre una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen en tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior, pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso de poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución” (sic). En apoyo de ciertas minorías, hoy los tribunales de derechos humanos ‘matan’ seres humanos.

los impedimentos matrimoniales<sup>13</sup>; no aparece cumplido el derecho reconocido en los arts. 7 y 8 de la CDN<sup>14</sup>; tampoco autoriza a reclamar obligaciones parentales, propias del padre biológico<sup>15</sup>. El CCCN no dice en qué preciso momento el ‘implantado’ se volvería persona, cuando hasta allí es tratado como ‘cosa’<sup>16</sup>. El CCCN suprimió la maternidad subrogada o ‘alquiler de vientre’, lo que concuerda con la Ley española 14-2006, de 26 de mayo<sup>17</sup>. Ello hubiera permitido que un niño tuviera tres madres<sup>18</sup>. El art. 57, dispone: “Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia” (sic).

---

<sup>13</sup> La indagación de la paternidad fue establecida por Vélez Sarsfield en su CC, en épocas en que era un verdadero escándalo su planteo. Las fronteras tan difusas y cambiantes de las TRHA (naturales, morales y jurídicas), me recuerdan la nota del Codificador a su art. 325; dice: “Si se prohíbe, pues, la indagación de la paternidad se da lugar a verdaderos escándalos y se destruyen todas las leyes que crean el orden de las familias” (sic). La CADH, en su art. 17.1, dice: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (sic). Si en la sucesión del padre biológico, quedan bienes vacantes, se pierden? Así resultaría de la inexistencia de herederos biológicos; art. 2432, CCCN.

<sup>14</sup> En la sentencia del Caso ‘Fornerón e hija c. Argentina’, de 27/04/2012, la Corte IDH sostuvo que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado” (párr. 119). Afirmación que no parece compatible con la sentencia del caso ‘Artavia Murillo’. Como dijo el juez Petracchi de la CSJ argentina, en la causa ‘Muller, Jorge s. Denuncia’, “el derecho a conocer la identidad de origen opera en un nivel superior, de rango constitucional, que trasciende lo concerniente al ‘estado de familia’ y revela el derecho de todo individuo de conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser cambiada o escamoteada” (Fallos 313-1133). En la fecundación heteróloga ese derecho desaparece.

<sup>15</sup> El CC francés acuerda derechos alimentarios al hijo concebido, contra quienes tuvieron ‘relaciones’ con la madre, dentro de los 180 días desde el nacimiento (art. 342, CC, según Ley n° 72-3 de 3 de enero: “Todo hijo natural cuya filiación paterna no esté legalmente establecida, puede reclamar subsidios a quien hubiera tenido relaciones con su madre durante el periodo legal de la concepción”).

<sup>16</sup> El art. 16, segunda proposición, CCCN, dice: “Los bienes materiales se llaman cosas” (sic).

<sup>17</sup> Art. 10.1. En igual sentido, art. 16.7, CC francés, según Ley N° 94-653 de 29/07/1994: “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo” (sic).

<sup>18</sup> No obstante, la Ley 14/2006 sobre TRHA permite, en su art. 7.3, que la mujer casada con otra que ha tenido un hijo, pueda pedir al Registro “que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge” (sic). El art.10.3, acuerda acción de reclamación de paternidad al padre biológico.

**4. Criterio de la Corte IDH.** Lo resuelto por la Corte IDH en ‘Artavia Murillo c. Costa Rica’, sentencia de 28/11/2012, versa sobre la denuncia formulada ante la Comisión IDH por un grupo de parejas que habían iniciado procedimientos de fecundación in vitro (FIV) en Costa Rica. Hacia 1995 por decreto del poder ejecutivo, se había reglamentado la citada técnica de FIV; estaba reservada, exclusivamente, para parejas matrimoniales. Los peticionarios habían iniciado los procedimientos del caso, pero una acción de inconstitucionalidad del decreto fue resuelta afirmativamente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema (CS) por lo que, en adelante, debieron suspenderse los procesos y, en algunos de los casos, se siguieron en el extranjero. A partir de allí, Costa Rica devino, según afirma la Corte IDH, en el único país del mundo que prohíbe la FIV (párr. 67). La sentencia de la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de los peticionarios. La Sala Constitucional de la CS, al hacer lugar a la tacha constitucional del decreto que regulaba la FIV, en su sentencia de 15/03/2000, dejó asentado que la práctica aludida, en el estado actual de la ciencia y de la técnica biológica, en tanto implica cualquier eliminación o destrucción de concebidos, viola su derecho a la vida, por lo que el decreto que la autoriza contraviene los derechos de la Constitución política. En el punto 4 de la parte resolutive, la Corte IDH condena al Estado a “incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”. La Corte IDH declara que los embriones no son ‘personas’ y, por tanto, carecen del derecho a la vida. Para la Corte IDH, “los artículos 1 y 6.1<sup>19</sup> de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar ‘protección y cuidados especiales [...] antes [...] del nacimiento’. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida” (sic, del resumen oficial). Con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se dice “que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería ‘contrario al objeto y propósito de la Convención’” (del resumen oficial). La Corte IDH cita al TEDH para sostener que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana [, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin

---

<sup>19</sup> Art. 6.1: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Y debe entenderse que se es ‘niño’ desde la concepción (art. 4.1, CADH).

hacerlo una ‘persona’ con el ‘derecho a la vida’”. En los párr. 156 y 264 de la sentencia, la Corte DH entiende que la protección del *nasciturus* obedece al “principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”. Entiende ‘concepción’ como anidación del embrión en el útero. En el párr. 233, la Corte IDH sostiene que el Comité sobre los Derechos del Niño, en el ámbito de la CDN, “no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal” y concluye en que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”. Nada dice sobre la penalización del aborto. El sistema jurídico de Costa Rica no impedía el ejercicio de esos derechos, sino que fueran satisfechos sobre la vida de los embriones, a los que ese ordenamiento considera ‘personas’ desde la concepción. Califico a este fallo como la vía y la justificación del mayor genocidio del siglo XXI en América. El art. 2 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Costa Rica, establece que “Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho” (párr. 1º); el art. 3 dice: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles”. La Corte IDH imputa a la Sala Constitucional de la CS, haber impuesto a los peticionarios “una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia”, atribuyéndole efectos discriminatorios (párr. 316), cuando el primer discriminado y carente absoluto del derecho a la vida ha sido el embrión humano. El voto del juez Eduardo Vio Grossi, único disidente, se refiere, entre otros aspectos, a la interpretación que la mayoría hace del art. 4.1, de la CDN, donde ésta afirma que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”. Frente a ello, Vio Grossi sostiene: “No se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del artículo 4.1, visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de “toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún”. Como muestro en la investigación anterior sobre este punto<sup>20</sup>, es falso que la mayoría de los Estados americanos nieguen al por nacer derecho

---

<sup>20</sup> Argentina, arts. 53, 70, CC; art.19, CCCN; Colombia, art. 91, CC; Chile, art. 75, CC; Costa Rica, Cód. de la Niñez y la Adol., arts. 2, 3 últ. párr. y 195; Ecuador, art. 61; art. 2, Cód. de la N. y Adol., actualizado al 7/07/2014; El Salvador, art. 73, CC; Cód. de Familia, de 1994, art. 351; Méjico (CCFed.), art. 22; Honduras, art. 52, CC; Nicaragua, art. 13, CC; Paraguay, art. 28, CC y

a la vida. La CADH, aprobada por la ley argentina 23.054, de marzo de 1984, dispone que los derechos allí reconocidos no derogan los establecidos en los ordenamientos internos de los Estados (art. 29). Agrego que el art. 41 de la CDN, invocado por Argentina en su ley de aprobación, expresa que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”, disposición que también integra la cúspide del sistema normativo argentino. Como ‘mecanismo idóneo’ de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en ‘Artavia Murillo c. Costa Rica’, la Presidencia de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, admitiendo la práctica de la FIV y su regulación. Frente a su impugnación constitucional, el Decreto fue suspendido por la Sala Constitucional de la CS por lo que se mantuvo la vigencia de la prohibición de la FIV; y, en sentencia de 3/2/ 2016, hizo lugar a la impugnación constitucional por violación de la reserva de ley, en tanto el ordenamiento local exige el dictado de una ley. En rigor, el art. 2 de la CADH es más amplio en la adecuación del derecho interno<sup>21</sup>. En 26/02/2016, en vía de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH sostuvo que su sentencia era de cumplimiento inmediato y vinculante en el orden interno, por lo que sostuvo que la FIV podía practicarse en Costa Rica sin necesidad del dictado de un acto jurídico<sup>22</sup>. Ante el inicio de un nuevo proceso, llevado por la Comisión ante la Corte IDH (‘Gómez Murillo y otros c. Costa Rica’), el Estado llegó a una solución amistosa en la que suscribió un acuerdo transaccional, permitiendo a los peticionarios la realización de la FIV; allí aceptó la existencia de daños como padecidos por los peticionarios e iguales reparaciones que las impuestas por la Corte IDH en el caso ‘Artavia Murillo’, autorizando la aplicación de la FIV a todas las personas, por lo que al 11/09/2017, el procedimiento debía estar disponible en los sistemas público y privado de salud, en garantía del principio de no discriminación y de no repetición, referido éste en la sentencia en ‘Artavia Murillo’. En su voto disidente, el juez Vio Grossi asienta tres cuestiones referidas a la competencia de la Corte IDH: a) Que el fallo se aplica al Estado que participa del caso y al supuesto allí ventilado<sup>23</sup>; b)

---

art. 1, Ley 2169 de Mayoría de edad; Perú, arts.1 y 5, CC. Además, derecho a suceder y recibir en donación.

<sup>21</sup> La adecuación es con arreglo a procedimientos constitucionales, con medidas legislativas ‘o de otro carácter’. Esto incluye a las sentencias judiciales, pues la obligación de observar las disposiciones de la CADH opera respecto de todos los órganos del Estado.

<sup>22</sup> Este aspecto fue cuestionado por la CSJ argentina en la causa ‘Fontevicchia y D’Amico’, de 14/02/2017; sostuvo que la Corte IDH no puede revocar una sentencia de la CSJ pues no es una cuarta instancia revisora, exorbitando así su función estructural prevista en la CADH.

<sup>23</sup> La Corte IDH ha reivindicado su jurisprudencia como obligatoria para todos los Estados.

Interpretar y aplicar la CADH ‘y no lo que ella desea’; c) Estricto apego a las normas que rigen su actuación. Remite a su voto disidente en la causa ‘Artavia Murillo’; agrega que la FIV no ha sido regulada por el Derecho Internacional, por lo que corresponde a la esfera de reserva nacional, y vuelve a cuestionar las afirmaciones de la Corte IDH en ese caso. Insiste en ello pues “tales expresiones podrían eventualmente ser empleadas para intentar justificar que la Convención permitiría el aborto, lo que no sería ajustado a su letra y espíritu”. Insiste en que la concepción es la unión del óvulo con el espermatozoide y que el art. 4.1 de la CADH debe interpretarse en su tenor literal, por lo que la protección de la vida empieza con la concepción. Agrega que la Corte no preservó el derecho a la vida según la cláusula *pro personae* y que “nadie defendió el derecho a la vida del concebido, quedando éste, pues, en total indefensión y vulnerabilidad” (sic). Dice que no debió homologarse el acuerdo y que, al no pronunciarse estrictamente sobre el alcance del art. 4.1, se perdió la oportunidad, con la nueva composición del Tribunal<sup>24</sup>, de revisar la jurisprudencia anterior y retomar ‘la defensa del derecho a la vida’, como se hizo en ‘Los Niños de la calle’ (fallo de 19/11/1999, N° 63, párr. 144), entendido antes como derecho inalienable (‘Familia Barrios c. Venezuela’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2011, N° 237, párr. 48).

**5. El orden público constitucional.** Determinados principios contenidos en la CN argentina –como en la de todos los países independientes y soberanos- deben respetarse desde que priman frente a cualquier tratado internacional. Ningún pueblo externaliza su soberanía en favor de otro órgano o poder extranjero. Las ‘fórmulas pétreas’ de una Constitución, que sostengo “expresan el sentido de una comunidad política en un tiempo y espacio determinados y presuponen que dejarán de serlo sólo a partir de una expresión suficiente, libremente concertada, en otro tiempo y espacio determinados”<sup>25</sup>, alojan el orden público inderogable que informa la legislación derivada. En el art. 33, CN –derechos implícitos- revista sin mención el derecho a la vida, que ha sido declarado por la CSJ como “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”<sup>26</sup>. Ha dicho también que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>27</sup>. Al respeto y vigencia de este derecho, con rango ‘supremo’ (art. 31,

---

<sup>24</sup> De los seis jueces que participaron del caso anterior, sólo permanece el juez Vio Grossi.

<sup>25</sup> “En defensa de la Constitución”, en referencia al caso de Honduras, en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>26</sup> CS, *Fallos* 302:1284; 310:112; 323: 1339; 323:3229.

<sup>27</sup> CS, *Fallos* 316:479, votos concurrentes; principio que ha repetido numerosas veces.

CN), ha de subordinarse cualquier concepción contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos pues, sujetos a la interpretación constitucional local, tendrán supremacía en tanto no deroguen “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (sic, art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN). La CN define ese carácter ‘subsidiario, coadyuvante y complementario’ que reviste la CADH, como la jurisdicción de la Corte IDH<sup>28</sup>. El orden público de la CN ha sido defendido por la CSJ argentina<sup>29</sup>, y tiene correlato en la doctrina del TEDH, sobre el ‘margen de apreciación nacional’, desarrollada –como indica la CSJ argentina- a partir de los casos ‘Lawless v. Ireland’, sentencia de 1/07/1961, ‘Handyside v. The United Kingdom’, sentencia de 7/12/1976, y ‘Lautsi and Others v. Italy’, sentencia de 18/03/2011.

**6. El ‘interés superior del niño’.** El art. 3, CDN, le otorga a este principio una “consideración primordial” en toda cuestión atingente a los niños, incluyendo la esfera judicial. La CSJ argentina emitió como directiva que “ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas”<sup>30</sup>. Está previsto en el art. 2, Ley Orgánica española 1/1996, de 15 de enero, modificada en 19/07/2015, que dispone que “primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. No se aplica al niño por nacer, pues allí no es persona.

**7. Conclusiones.** El orden público es una categoría histórica moldeada por las expectativas, necesidades y tendencias de las personas en una sociedad determinada. Ocurre con las nuevas buenas costumbres que, al impulso de aquéllas, modelan las instituciones del Derecho que ha de regirlas, pues el ‘Derecho sigue a los hechos’ (Ihering). El CCCN argentino, no es el fruto de un consenso nacional ni tan siquiera resume la opinión de la mayoría de la doctrina civilista, ni adecua a la CN. En 1865, Vélez Sarsfield escribió: “En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas

---

<sup>28</sup> Caso ‘Chocrón Chocrón c. Venezuela’, sentencia N° 227, de 1/07/2011, párr. 21 y sus citas: Preámbulo y art. 46 de la CADH; OC- 2/82, de 24/09/1982, párr. 31; Caso ‘Velásquez Rodríguez c. Honduras’, sentencia de 29/07/1988, párr. 61; Caso ‘Perozo y otros c. Venezuela’, sentencia N° 195, de 28/01/2009, párr. 64; Caso ‘Cabrera García y Montiel Flores c. México’, sentencia N° 220, de 26/11/2010, párr. 10, entre otras.

<sup>29</sup> Causa ‘Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande’ (CS, 1993, *Fallos* 316:1669): ‘Una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales’, podrá asignarse supremacía; así resulta del art. 27, CN argentina.

<sup>30</sup> CS, 10/08/2010, “P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. cons. 7; (elDial.com - AA6276, publicado el 02/09/2010) y su cita, “S. C. s/ adopción”, *Fallos* 328:2870.

costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas” (nota al art. 531). Sobre la ley extranjera, sentó que no debía aplicarse cuando se oponga al derecho público o criminal de la República, y cuando afecte a las buenas costumbres (art. 14). Y, en el art. 1207, sentó: “Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”. La CSJ argentina, en ‘Santa Coloma’, de 05/08/1986, sentó un alentador precepto: “*los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta*”. El derecho a la vida, desde la concepción, dentro o fuera del seno materno, no debe ser violado por las necesidades, pretensiones, aspiraciones o exigencias por legítimas que parezcan, pues es un derecho natural, preexistente a toda forma de organización social. Cuando Jacques Testart, biólogo, ateo y de izquierda, responsable del primer bebé nacido en Francia en 1982 por FIV, alerta sobre la estandarización del hombre a través de los avances de la biomedicina, no está condenando la investigación científica ni los frutos de su resultado. Sólo protege ese don de Dios, sobre el que Estado no puede disponer.-