

REFLEXIONES SOBRE LA LEY 26.862 DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

*por Gustavo Carranza Latrubesse¹

1. Los derechos en pugna. 2. Naturaleza versus costumbres. 3. El orden público y el carácter progresivo de los derechos humanos. 4. El ‘real’ interés superior del niño. 5. Conclusiones.

1. Los derechos en pugna. Han sido numerosos los proyectos presentados por nuestros legisladores nacionales para tratar esta compleja problemática que pone al Hombre y a la familia en los umbrales de un futuro impredecible. Si todo se limitara, como postula la OMS, a que la infertilidad es una enfermedad y que las personas están amparadas en su derecho a obtener curación o mejoría, como a usar de los avances de la ciencia y de la técnica, disponibles en ciertas condiciones aunque no todavía ‘al alcance de la mano’, la cuestión se reduciría a redactar un estatuto que establezca la más amplia protección del ser humano concebido, cualesquiera fuera el lugar en que comenzó su existencia. El primer artículo de cualquier regulación debiera decir: *“El ser concebido por técnicas de reproducción humana asistida es persona desde el momento de su concepción, y goza de todos los derechos que la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia se dicten, reconozcan a las personas por nacer”*. Desde esta perspectiva, el punto de mira de los derechos en pugna debe partir, de modo inexorable, desde el concebido, cualquiera sea –insisto- la vía por la que se hubiere logrado su concepción. De esta manera se evita que la pugna entre los derechos a la salud reproductiva (que no involucra los meros deseos de ser padres) y los de supervivencia del embrión, no termine en favor de aquéllos. En el sistema de la Constitución Nacional (CN), en particular en la CN histórica, no aparece otra mención al derecho a la vida que el previsto en el art. 29, pero nadie puso en duda que estaba fuertemente contenido entre los derechos implícitos (art. 33, CN). Aquella disposición prohíbe que ese derecho, como el honor, o la fortuna de los argentinos, quede a disposición de gobierno o persona alguna. La reforma de 1994 introdujo la protección de la salud en la relación de consumo (art. 42, CN) pero no se refirió a la ‘vida’ como protección de los derechos difusos, sin que ello supusiera derogar disposición alguna del texto histórico. También, en el art. 75, inc. 3º, CN, se confirió al Congreso la facultad de disponer la distribución equitativa de las rentas de la Nación, en donde es una pauta la ‘calidad de vida’, de modo que las posibilidades de desarrollo fueran igualitarias en todo el territorio de la Nación. Desde esta visión de la competencia legislativa, la incorporación al PMO de las técnicas de reproducción asistida, no son cuestionables. Pero, a

¹ Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia. Abogado (UC, Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (UBelgrano, Buenos Aires). Magíster en Derecho privado (UPalermo, Buenos Aires). Posgraduado en Derecho privado y Derecho Constitucional (UBA y USalamanca, España). Doctorando en Derecho privado (UCES, Buenos Aires y USalamanca, España). Ex juez en lo civil y comercial. Profesor Ord. Adj. por concurso de Derecho Comercial II, Fac. de Cs. Económicas, UNP ‘San Juan Bosco’, Comodoro Rivadavia.

mi ver y sentir, aquella ‘vida’ del art. 29, CN, que no distingue, en la interpretación de la época quedaba claramente definida en el Código Civil en el art. 63, al amparar la vida ‘desde su concepción’; que se refiriera a las concebidas ‘en el seno materno’ no justifica la distinción que se pretende en el Anteproyecto de Código Civil, ni cabe admitirla en la legislación en análisis. En la nota al citado artículo, Vélez Sarsfield se refiere con contundencia a que si las personas por nacer no fueran personas, no habría sujeto que representar. La ‘vida’ del art. 29, CN, es vida humana y no corresponde hacer distinciones en donde la ley no distingue (*ubi lex non distingue nec nos distinguere debemus*). También la protege el Código Penal y no sólo en el art. 79 y sus figuras agravadas y conexas, sino también en cuanto sanciona el aborto, a salvo los supuestos del art. 86, CP. Más allá de las razones históricas (prohibición de la dictadura, por vía de las facultades extraordinarias) que dieron lugar a su inclusión en el texto de 1853-60, el art. 29, CN, al decir de María Angélica Gelly, “*está reconociendo implícitamente el derecho a la vida y el derecho al honor. Ciertamente es que el primero es la base de todos los demás y que, junto con el derecho al honor, se deriva, también, del reconocimiento de los derechos implícitos*”². La Corte federal ha declarado a la vida como el primer derecho humano. En sus palabras, “*El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental*”³. Y lo ha sostenido con especial referencia al derecho a la salud, como vía de su aseguramiento⁴. Vida en desarrollo, en ciernes de completitud y mismidad (Carlos Fernández Cesarego), pero vida humana; vida lograda fuera del cuerpo humano, pero vida humana amparada por la CN y los instrumentos internacionales que con ella comparten su supremacía (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). El art. 29, CN, protege el derecho a la vida no sólo de la mano de quien ejerce las ‘facultades extraordinarias’ que la disposición sanciona, sino de cualquiera otra a quien se delegue la aplicación, interpretación y poder de disposición de los embriones de cuya vida aquí se trata. En opinión de Ekmekdjian, la suma del poder público se da, también, “*cuando se otorga a algún organismo administrativo subordinado a aquél [poder Ejecutivo] y sobre alguna materia específica*”⁵. Así, el Ministerio de Salud de la Nación,

² *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 4ª reimpresión, 2011, t. I, p. 439.

³ CS., 6.4.1993, ‘B’, M. s. Medida cautelar’; CS, *Fallos*: 310:112; 312:1953; 316:479; 324:3569; CS, 5.3.2002, ‘Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s. amparo’, constituyó la primera protección jurisdiccional del embrión; la CS citó allí los arts. 75, inc. 22; CN; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2º de la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil.

⁴⁴ CS, *Fallos* 323:3229, 325:292, entre otros.

⁵ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, t. III, p.126.

conforme a los arts. 2 y 3 de la ley 26.862, o de los establecimientos sanitarios habilitados, incluyendo a los bancos receptores de embriones (arts. 4 y 5), tendrán según la ley la facultad de establecer, en cada caso, no sólo la aplicación de los procedimientos necesarios sino el número de los embriones necesarios y el destino de los ‘supernumerarios’.

Aunque el análisis exhaustivo de la ley no es el propósito inmediato de este comentario, la afectación del derecho a la vida y a los derechos de los embriones concebidos por técnicas de reproducción asistida, es tan extensa, que cabe señalar como prueba de ello, que el art. 8 de la ley, permite, aún a personas menores de edad (menores de 18 años, según el texto), que se apliquen técnicas de reproducción asistida “*aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro*” (sic, remarcado añadido). Es decir, que en previsión de una imposibilidad futura de procrear se pueda lograr un embrión, cuya ‘utilización’ dependerá de imponderables contingencias de la vida personal del ‘beneficiario’ del sistema. Como la ley habla de ‘menores de 18 años’, se aplicará, también, a quienes, en ese margen, tengan la capacidad de concebir o de engendrar. No alcanzo a precisar el concepto de ‘procreación responsable’ que pudo el legislador tener a la vista al crear este dispositivo; ni imagino si tuvo presente el concepto de ‘interés superior del niño’, ni la inteligencia que pudo conceder a este singular derecho que la Convención sobre los Derechos del Niño ha consagrado en orden a la aplicación preferente de normas que lo privilegian, o el derecho a la identidad biológica, entre los que postula la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Por lo brevemente expuesto, creo que es inconstitucional gran parte del articulado, que no es extenso (apenas 12 artículos) y que habrá de ser reglamentado dentro de los noventa días de su publicación (art. 11). Decía en voto disidente el doctor Luis María Boffi Boggero, con cita del juez Bradley, que “*las prácticas inconstitucionales consiguen su primer apoyo mediante ataques silenciosos y ligeras desviaciones de los modos legales de proceder, siendo fácil deducir el proceso ulterior de apartamiento cada vez más extenso de las normas constitucionales (Fallos 247:121, 136, 139, 140 y otros)*”⁶⁶. A la vuelta de la página se yerguen, amenazantes, la clonación y el aborto. Creo que aquí no hay sutilezas, sino una absoluta falta de respeto por la vida y los derechos del embrión humano y un apartamiento del interés superior que debe privar, sobre el interés particular de personas mayores que pongan en riesgo esa vida y sus derechos. Recuerdo que el art. 19, N° 1, de la Constitución de la República de Chile, asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; agregando que “*La ley protege la vida del que está por nacer*”. La ausencia de una disposición similar en nuestra CN, no puede impedir la extensión de ese derecho al *nasciturus*.

⁶⁶ CS, ‘Fernández Orquín, José María c. Ripoll, Francisco s. Fijación precio arrendamiento’, LL 124-985.

2. Naturaleza versus costumbres. El texto de la ley 26.862 indica como beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida, de alta y baja complejidad (art. 2), que pone a cargo del ‘sector público de salud’, las obras sociales y prepagas, etc. (art. 8), e incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO), a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado (art. 7), aunque ya se ha visto que también se aplica a los menores de edad en las condiciones apuntadas. Aquel es revocable “*hasta antes de producirse la implantación⁷ del embrión en la mujer*” (sic), lo que genera incertidumbre acerca del futuro del embrión. El art. 7 lleva como título ‘Beneficiarios’, y agota allí el ámbito subjetivo de aplicación sin requerir la existencia de una pareja estable; así, el art. 8 se refiere al aporte de gametos de ‘pareja conviviente o no’, o de un donante, con lo que, de paso, va destruyendo la idea de la unidad de la familia natural que es prescindente de la exigencia de un matrimonio civil o religioso, pero que supone la unión estable de un hombre y de una mujer, enlazados por el amor y la procreación y cuidado de la prole. El abandono de esa idea se concreta al final del mismo párrafo, cuando prohíbe a la autoridad de aplicación “*introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios*”. Es decir, que el sistema, a cargo del Estado y de instituciones particulares, estará expedito para toda clase de relaciones y situaciones, por discutibles que nos parezcan. Es claro que el art. 2 de la ley, que define la reproducción médicamente asistida, se refiere con gran generalidad y en función de su objeto, a “*los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo*” (sic) y, en modo alguno, que constituya una práctica o modalidad ‘terapéutica’ para superar la infertilidad como enfermedad.

Aunque se admita que las ideas paternalistas o perfeccionistas no tienen cabida en los textos constitucionales y, aún, que las reglas morales son ajenas al derecho positivo, ‘el daño a tercero’ es el límite máximo para la vigencia del principio de reserva y de legalidad (art. 19, CN); aunque me parece plausible, como cometido legislativo, orientar a los habitantes en pos de la superación espiritual y no meramente material, en la consecución de sus necesidades, apetencias y, en fin, en el desarrollo de su plan vital. La consecución de la ‘felicidad’ (Constitución de EEUU) no está excluida de nuestra Carta de Derechos, a menos que transgreda aquel límite máximo del daño a tercero. Pero, a mi modo de ver las cosas y la vida, hay otro límite previo que no debiera traspasar el legislador que es confrontar la Naturaleza, ‘legitimando’ lo que la contraviene. Sin paternalismo ni perfeccionismo, el individuo ejerce su libertad según su albedrío; pero la vida social no puede desentenderse del espíritu y, en todo caso, desde sus textos la CN impone algunos paradigmas; por ejemplo, la protección de los niños (CDN, art. 6.1, “*todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*”), la educación primaria obligatoria, la protección del trabajo, la formación de la familia, la defensa de la vida, la protección de la salud, el desarrollo general, aunque hay otros

⁷ La ‘implantación’ o anidación es obra de la Naturaleza; la técnica sólo es de ‘transferencia’ al útero.

que debieran sostenerse, como el respeto a la autoridad, el valor de la palabra empeñada, el respeto por los mayores y las mujeres. La legislación, por tanto, debe propender a la virtud pública; la idea aristotélica y tomista del bien común, determina que el legislador esté subordinado a la ley natural. Desde que no oculto mis creencias y convicciones, cabe la cita del Papa Juan XXIII: “*El bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección*” (‘Pacem in Terris’). Las aspiraciones singulares de los hombres que conforman su proyecto vital no pueden ser ‘acordadas’ sobre la base del sacrificio de la vida de los embriones; ni en desmedro del interés superior del niño, ni tampoco es admisible que las técnicas sean utilizadas fuera del ámbito de una familia natural, conformada por un hombre y una mujer, anudada en el fin común de conformar la prole y darse a ella con la convicción y fuerza del amor. Esto, de ningún modo implica abandonar el debido respeto por las diferencias; por todas las diferencias.

Es claro que la regla de la ‘moral y de las buenas costumbres’ es permeable a los embates de la modernidad, y es muy difícil precisar el sentir de una sociedad en un tiempo y en un lugar determinados. La modificación de las costumbres es ayudada –*rectius*, acicateada- por el singular desarrollo de las comunicaciones, las apetencias de toda clase de materialidades, el mal ejemplo que se vierte ‘desde arriba’, la corrupción del poder que influye en todos los aspectos de la vida social, el desprecio por la norma jurídica, la pérdida del respeto a la autoridad, empezando por la paterna y familiar y que se proyecta en la vida escolar. Jurídicamente, la regla de conducta en el orden de las relaciones civiles, enderezada al objeto de los actos jurídicos, está contenida en el art. 953 del Código Civil. Dice Santos Cifuentes, con cita de Bueres, comentando esta disposición, que “*se trata de atender a la moral media y predominante en la sociedad con un criterio especialmente sociológico, pero siguiendo el juez las tendencias mayoritarias y no a los datos que proporciona la conducta de grupos minoritarios. Es norma dirigida al juez, que debe ser aplicada con moderación para preservar la seguridad jurídica*”⁸. La Corte federal había acuñado, en señero fallo, una fórmula de apreciación más que plausible⁹. Pero cabe citar otra, que pone en crisis las permisiones de la ley, que acabo de apuntar. Dice la Corte, que “*de acuerdo a la directiva de una valiosa doctrina elaborada sobre la base de la tradición romana, lo que es inmoral o es contrario al orden social no puede subsanarse por el transcurso del tiempo: el acto será siempre inmoral o contrario al orden público cualquiera que sea el número de años que hayan*

⁸ Cifuentes, Santos, *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 143.

⁹ CS, 1986, ‘Santa Coloma, Luis Federico y otros’, Fallos 308:1160: “*Los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta*”.

pasado desde su ejecución pues el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral o lo ilícito en lícito”¹⁰.

Es claro que no estoy de acuerdo con el reconocimiento legislativo del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues contradice la finalidad del matrimonio en tanto subsiste su regulación legal con los efectos jurídicos que lo definen; no resulta sistemático ni admisible que existan regulaciones diversas de un mismo instituto que, con un mismo nombre viene amparado en un ropaje de siglos¹¹. Lo que no puede admitirse, bajo ningún aspecto, es que aquel ‘matrimonio’ pueda ser titular de los beneficios de esta ley, pues en el caso de las uniones de personas del mismo sexo, sus impedimentos para tener hijos en común resultan de su propia naturaleza, no de situaciones contenidas en el criterio de enfermedad, a que se refiere la OMS y la propia ley referencia en orden al contenido de las prácticas (art. 8). Para abreviar, las costumbres, como quiera que se las llame, buenas o malas, para ser fuente de derechos, no pueden contravenir el orden natural. El criterio de la procreación responsable no deroga, ni puede hacerlo en homenaje a la libertad y al respeto por las diferencias, el inalienable derecho del hijo a nacer en una familia, con un padre y una madre (ver, Convención de los Derechos del Niño, Preámbulo: “*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*”). Esta ley, como otras similares, abre la puerta a un negocio en que su objeto es la vida humana, el embrión humano, y el precio del intercambio no es precisamente el amor ni la solidaridad, sino el dinero; la ley en comentario ni siquiera contiene una previsión en contrario¹². En orden al objeto, el art. 953, CC, prohíbe la negociación con cosas –o bienes- que están fuera del comercio; aunque la ley puede establecer excepciones –y de hecho, las establece- no puede perderse de vista que el objeto del negocio jurídico –porque lo es- no es ‘una cosa’, sino una persona, si es que se sigue el criterio de la CN y de los instrumentos internacionales referidos en el art. 75, inc. 22, plasmados en el

¹⁰ CS, Fallos 179:173, cons. II; CS., 10.9.1991, ‘Marriot Corporation c. RILA S.A.’, LL 1991-E-499; CS, 17.03.1998, ‘Sergi Vinciguerra, Antonio c. Banco Central de la República Argentina / B.C.R.A. s. cobro de australes’, Fallos 321:277.

¹¹ En la nota al Título I Del matrimonio, Vélez reproduce un texto de Lord Robertson, que cabe transcribir: “*El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. El matrimonio confiere el ‘estado’ de la legitimidad a los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento a las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil*”.

¹² El art. 7 del Dictamen de las Comisiones, de mayoría, decía: “*Toda donación de gametos y embriones debe realizarse a título gratuito. Queda prohibido a los centros médicos asistenciales la promoción de incentivos económicos, lucrativos o comerciales para la donación, así como la realización de compensaciones de cualquier tipo o naturaleza*”.

vigente Código velezano. Ello no contradice que en el carácter progresivo de los derechos humanos no deba ponerse a cargo del Estado el mayor costo que implica la posibilidad de disponer en favor de los habitantes, de los adelantos de la ciencia y de la técnica; en todo caso, es esa una de sus funciones esenciales, como lo ha recordado reiteradamente la Corte federal.

Rescato, como atinente al título de este acápite, un proyecto dirigido a modificar el art. 1º de la Constitución de Chile. La constitución de Chile puede ser modificada por la legislatura con mayoría especial (constitución flexible, a diferencia de nuestro sistema, rígido, que exige ley de necesidad de la reforma y convención constituyente); según consta en Boletín N° 8904-07, se presentó un proyecto de ley (‘moción’) en 29 de abril de 2013 para modificar el art. 1, inc. 29 de la Carta, proponiendo que “*El menor sólo tendrá por padres a un hombre y a una mujer*”¹³. Se agrega al final del art. 1, inc. 2, que dice “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”.

En los fundamentos se dice que la nueva composición de la familia, en ningún caso ha dado reconocimiento o amparo a una compuesta por dos madres o dos padres, entendiendo que dicha composición no procura al bienestar de los hijos desde un punto de vista psicológico ni social. Advierto que la ley 26.862 no ha sido compatibilizada con la ley 26.061 de Protección integral de las niñas, niños y adolescentes, cuyos derechos son “*asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*” (art. 1)¹⁴, y cuyo punto de partida es la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, “*en las condiciones de su vigencia*” (art. 2), en el que se agrega que es de aplicación obligatoria a toda decisión “*de cualquier naturaleza*” (lo que no excluye la ‘legislativa’), “*respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad*”. En ese dispositivo legal, se reitera que la familia es el ámbito natural del desarrollo de los niños, y contiene setenta y siete (77) referencias a la familia y al orden familiar. El art. 3 dispone que prevalece el interés de los niños frente a otros derechos e intereses legítimos. La ecuación parece simple: Si de conformidad a la Convención DN, según la interpretación impuesta por la República, es ‘niño’ toda persona desde su concepción y hasta los 18 años, y su interés y derechos prevalecen sobre otro legítimo, no es admisible considerar al embrión como ‘cosa’; a mayor abundamiento, el art. 3, inc. ‘a’, le confiere expresamente la condición de ‘sujeto de derecho’. El art. 11, les confiere “*derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen*”. En la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, se dice “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.

En Chile he encontrado tres proyectos sobre fecundación asistida; uno del 6 de julio de 1993 (Boletín 1026-07), archivado y luego desarchivado para ser tratado con el proyecto del senador Mariano Ruiz Esquide (Boletín

¹³ Proyecto de los diputados Barros y de las diputadas María Angélica Cristi, Claudia Nogueira y Mónica Zalaquett, tratado en sesión del 29 de abril de 2013.

¹⁴ Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

4346-11), definitivamente archivado en 20 de agosto de 2008; este proyecto imponía resguardar la vida y la salud del embrión humano; que los gametos masculinos y femeninos provengan de la pareja y, sólo en caso de ausencia, de donantes, que será a título gratuito y altruista; el donante renunciará a las acciones de reclamación de paternidad o maternidad; el centro debe mantener la información genética para prevenir enfermedades en la criatura nacida; el art. 9 prohibía la crioconservación de embriones a partir de la vigencia de la ley y establecía condiciones respecto a los existentes, entre ellas, la obligación de la pareja de usarlos en el término de cinco años, y su adopción por otras parejas pasado ese plazo; los no usados no podían ser destruidos bajo ningún concepto. Imponía pena privativa de libertad (presidio menor) y multa a la crioconservación, a la manipulación con cualquier fin que no fuera reproductivo, a la clonación y al alquiler de vientre, entre otras previsiones. Otro proyecto, del senador Guido Girardi, del 3 de octubre de 2006, estableció de modo general que las técnicas de reproducción asistida *“serán jurídicamente lícitas si a su vez son terapéuticamente adecuadas para conseguir la procreación y ello no sea contrario a la Constitución, a las leyes o al derecho de terceros”*. El Estado garantiza su uso a todos cuantos la necesiten con fines reproductivos. Un tercer proyecto es el del senador Sebastián Piñera Echenique; destaca como base del mismo tres principios jurídicos básicos, sin los cuales la ley sería inconstitucional: a) la protección a la vida y a la dignidad humanas; b) la protección al interés superior del niño; y c) la protección a la familia y al matrimonio. Prohíbe la criopreservación, la destrucción y el comercio con embriones vivos, la experimentación sobre embriones, la maternidad por subrogación y, en general, la utilización de embriones para un fin distinto de la reproducción humana. Define el embrión como ser humano desde su concepción hasta el nacimiento; las técnicas sólo se aplican a parejas matrimoniales que no puedan tener hijos; prohíbe la cesión de gametos por cualquier título, como contrario al orden público; cada práctica requiere resolución fundada del Ministerio de Salud y opinión del Colegio Médico; establece sanciones en caso de aplicación de las técnicas a personas no casadas y determina como efecto que *“Es madre de un hijo aquella mujer que lo parió, y es padre aquel varón cuyos gametos participaron en la concepción de su vida”* (art. 10), pero le concede al hijo nacido alimentos contra la mujer que aportó los óvulos y contra *“el varón que fuera marido de la madre al tiempo de la concepción”*; le concede al nacido derechos hereditarios contra los citados, como hijo natural, y prohíbe la adopción del nacido por parte de la mujer que aportó sus gametos, para evitar la maternidad subrogada. Establece penas de prisión a quienes violen las citadas disposiciones, incluyendo a la madre subrogada. El proyecto fue analizado en comisión y se encuentra pendiente de informes¹⁵.

¹⁵ Existe otro proyecto de reforma constitucional del 8 de mayo de 2007, al art. 19, N° 1, inciso 2°: *“El niño que está por nacer tiene derecho a la igualdad de oportunidades y a ser protegido contra cualquier forma de discriminación en razón de su patrimonio genético, características físicas, biológicas o de cualquier otra índole. Tampoco serán discriminados a causa de las circunstancias de su concepción o las cualidades o características de sus progenitores y familiares”*.

3. El orden público y el carácter progresivo de los derechos humanos.

La ley 26.862 dispone en su art. 10, que “*Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República*” (sic). En cuanto a lo primero, no será fácil discernir cuáles de sus disposiciones son de orden público pues, como se ha visto antes, también la ley 26.061 es de orden público y contiene disposiciones que coliden con las de la nueva ley, como las ya referidas a la familia. El orden público es, también, un concepto elástico que mucho tiene que ver con las convicciones y costumbres sociales, legalmente instituidas. Es claro para mí que en tanto regula con absoluta liberalidad la generación y ‘uso’ de embriones, resulta inconstitucional toda vez que la CN protege la vida desde la concepción; los instrumentos internacionales referidos en el art. 75, inc. 22, CN, en tanto se refieren a este supremo derecho, tienen prioridad sobre toda la legislación derivada, por lo que no quedan resquicios para sostener su constitucionalidad. Además, desde la causa ‘Videla’, fallada por la Corte federal, tampoco podría sortear el control de convencionalidad, por más que la Corte IDH haya emitido su fallo en ‘Artavia Murillo’, contraviniendo los derechos del embrión humano, que resultan protegidos por la legislación interna del país, en donde los principios *pro homine* y el de progresividad de los derechos humanos, impiden imponer restricciones al derecho interno que los deroguen. A todo evento, la República dejó asentado como condición de vigencia de la Convención de los derechos del niño, la interpretación que lo caracteriza desde la concepción hasta los 18 años. La Convención ADH, en su art. 4.1, dice: “*Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. La interpretación del giro “y, en general,” que efectúa la Corte IDH, no deroga ni la idea ni la reserva de interpretación argentina de que se es niño ‘desde la concepción’.

Aunque no se me escapa que la aceptación o adopción de gametos es, o puede ser, un acto de amor de la misma entidad que la adopción de un niño nacido, mi preocupación desde la órbita del Derecho es que el embrión, que es persona, sujeto de derecho y merecedor de protección tanto de su existencia cuanto de su dignidad, tenga, de modo efectivo, la protección de la ley. Por ahora, no me interesa tanto determinar el momento exacto de la concepción, pues en la técnica FIV/TE, se trata de la transferencia de un embrión formado (fuera del cuerpo de la mujer) y cuya anidación o implantación en el útero femenino dependerá de su propia potencialidad para iniciar el proceso del embarazo, que dará paso, si es exitoso, al nacimiento de un niño. Desde que no se trata de la ‘producción’ de un hijo sino de la procreación consensuada por un hombre y una mujer que han asumido la decisión de cuidarlo, formarlo, amarlo sin pretensiones, es acreedor, desde el inicio, a la protección, a todos los derechos que el ordenamiento establece en favor de los niños. El embrión es un ser humano

y no debe ser manipulado, congelado, negociado como una cosa, tal como acepta el Anteproyecto de Código Civil unificado, haciendo depender su condición del momento de la transferencia, o no, al seno materno. La voluntad del legislador no puede inventar un orden público por encima de la Constitución, porque esta es de Derecho público y, por tanto, de orden público. Ese orden público vierte su legitimación en la legislación derivada en la exacta medida en que sea rigurosamente respetado; de lo contrario, la CN pierde su finalidad y sentido. La voluntad del legislador no puede estar por encima de la CN.

Tampoco se me escapa que se discute en las ciencias biológicas acerca del momento exacto de la concepción, sosteniendo que la mera unión de los gametos no la implica¹⁶; es sólo una cuestión de horas; ni que la práctica FIV/TE pueda suponer una transferencia del cigoto todavía no caracterizado como ‘embrión’. La norma jurídica quedaría supeditada a la precisión que resultara de la información de las ciencias biológicas implicadas lo que, mediando sanción penal, exigiría tal precisión. Es probable que la información acumulada por la Corte federal en la causa ‘Portal de Belén’, acerca del momento de la concepción, requiera alguna actualización científica; pero en tanto ello no ocurra, el criterio a aplicar es el allí establecido. A todo evento, de lo que se trata es de aportar una solución terapéutica a un problema de infertilidad y evitar la ‘producción’ de hijos fuera de una unión natural de hombre y mujer, en la que presida el amor y la voluntad de procreación con las cargas y alegrías que ello conlleva.

4. El ‘real’ interés superior del niño. La ley 26.862 no lo menciona; su objeto es garantizar el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida resultando muy extraño que no considere ese interés superior, que debe presidir en toda relación y situación jurídica en que esté comprometido, de algún modo, el interés de un niño. La ley 26.061 lo define en forma expresa en su art. 1, sosteniendo que *“Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”*. El artículo, confiere a cualquier ciudadano acción administrativa o judicial para restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, lo que a mi entender no puede excluir una acción preventiva a los mismos fines. El art. 3, lo define como *“la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”*. Desde que la ley 26.862 no deroga, ni podría hacerlo, este ‘interés superior’, que tiene sustento en la CDN, toda situación que se aparte de esa consideración será contraria a la CN. Tengo para mí que la regulación de las cuestiones atinentes a la reproducción humana, se vinculan fuertemente al derecho de familia, por lo que la ‘invitación’ a que las provincias adhieran a la ley, no es más que la velada declaración de que sus regulaciones contravienen la

¹⁶ Se llama singamia al momento en que los pronúcleos femenino y masculino se unen a través de la disolución de sus membranas, formando el nuevo ser, distinto y con la información genética completa y definitiva, que ocurriría entre las 16 y 20 horas posteriores al primer contacto de los gametos.

expresa delegación constitucional en favor del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN, legislar sobre el derecho común), por lo que, todas ellas, devienen inconstitucionales. El art. 5 de la ley 26.061 dice, en lo que interesa destacar: *“En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes”*. No será difícil, pues, que las acciones que se promuevan en procura de protección de los embriones, encuentre adecuada tutela jurisdiccional.

5. Conclusiones. Para no repetirme en las ideas consignadas, a mi juicio ya suficientemente esclarecidas, me parece que el abandono de los paradigmas que acuñara otrora la sociedad, característico hoy de su decadencia cultural y moral, impone al legislador que las normas jurídicas, que son la conducta esperada de los particulares, contribuyan a recuperar la virtud pública. La fuerza de la Nación, como un torrente que cae desde la altura, se esparce en multitud de charcos y arroyitos, en lugar de cohesionarse en un cauce pujante y vigoroso en pos de su destino común de perfección y felicidad.-

Comodoro Rivadavia, 7 de julio de 2013.-

