

PROGRAMA DE ASESORIA PARLAMENTARIA

Fundación Nuevas Generaciones

en cooperación internacional con

Fundación Hanns Seidel¹

Protección del embrión humano no implantado

Resumen ejecutivo

El 5 de junio de 2013 se sancionó la ley 26.862 de reproducción médicamente asistida. Dicha norma legisló únicamente respecto de la cobertura económica de las prácticas de fertilización asistida y no estableció un régimen jurídico para los embriones humanos. Aquí se propone un texto legal para su protección y resguardo frente a una posible destrucción, comercialización, industrialización y experimentación, en consonancia con los tratados internacionales referidos a la defensa de los derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional.

I) Introducción

La finalidad específica de la ley 26.862, tal como surge de su artículo 2º, es «*la consecución de un embarazo*», por lo tanto cualquier otra acción que se ejerza sobre los embriones humanos concebidos para dicho fin (descarte, comercialización, industrialización, experimentación) no estaría autorizada por la ley. En orden a clarificar dicha exclusión, consideramos necesario plasmar la expresa prohibición por vía legislativa.

A su vez, el proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 19º, estipula una noción distinta a la actualmente vigente sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, pero a renglón seguido, detalla que esta nueva condición será «*sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión*

¹ La Fundación Hanns Seidel no necesariamente comparte los dichos y contenidos del presente trabajo.

no implantado». Esta legislación especial de protección del embrión es la finalidad puntual del presente trabajo.

Debe quedar en claro que no se busca limitar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana médicamente asistida, sino determinar la protección debida a los embriones, en razón de su humanidad y dignidad. Los embriones humanos no son cosas, y no pueden tener la regulación que el derecho asigna a las cosas muebles. Su dignidad intrínseca, emanada de su individualidad y humanidad, los hace merecedores de una debida protección especial.

II) Legislación vigente

Para el ordenamiento jurídico argentino el ser humano es considerado persona desde su concepción, y es por ello que desde ese mismo momento se le reconocen todos los derechos humanos fundamentales².

Asimismo es importante recordar que el sistema de derechos humanos debe tutelar con especial interés a quienes se encuentran en condiciones de mayor indefensión y vulnerabilidad, por lo que este proyecto cumple una manda constitucional esencial.

Es profusa la normativa internacional que positiviza estos derechos. La Convención de los Derechos del Niño puntualiza específicamente cuáles son esos derechos que deben ser protegidos. Los más relevantes son el derecho a la vida (artículo 6º inciso 1) y el derecho al desarrollo (artículo 6º). El derecho a la vida puede verse amenazado en los procedimientos de fertilización artificial por la aplicación al embrión de procedimientos técnicos que afecten su corporeidad. El derecho al desarrollo natural de la persona puede verse afectado por procedimientos que lo suspendan. Los Estados Partes de dicha convención, entre los cuales se encuentra la República Argentina, están comprometidos a garantizar en la máxima medida posible el desarrollo y la supervivencia del niño. En cuanto al derecho humano a la no discriminación, puede verse afectado al realizarse la selección de cuáles embriones serán transferidos y cuáles destinados al congelamiento.³ Por estas razones, el

² LAFFERRIERE, Nicolás. *Los derechos humanos de los embriones congelados*. Visto el 22/08/13 en <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo58/files/EMBRIONES-CONG-Lafferriere.pdf>

³ Idem.

Estado está obligado a tomar medidas para la protección y la salvaguarda de los derechos de los embriones humanos.

Existen diversos modos de incumplir los tratados internacionales. Según la opinión consultiva 13/93 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se puede incumplir un tratado omitiendo el dictado de normas protectivas a las que el Estado se obliga al firmarlo, o dictando disposiciones que no estén en conformidad con el tratado.

Nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos se empeñan en brindar adecuada protección a las personas humanas desde el momento de la concepción. Todo ser humano es persona. Esta afirmación surge de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU), artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York), artículo 16º; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, Bogotá), Art. I y Art. XVII.; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), artículo 1º. El derecho a la vida es el primer derecho natural básico y esencial. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que es el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (Fallos, 302:1284, Cf. Tb. Fallos 310:112). El derecho a la vida está protegido por las normas básicas y fundamentales de convivencia de los argentinos que hacen a nuestra identidad, tutela se ha visto reforzada con la reforma constitucional de 1994 y mediante la suscripción de numerosos tratados y declaraciones internacionales que se han constitucionalizado.⁴

La propia Constitución Nacional protege estos principios en sus artículos 14 bis, 16, 33, 43, 75 inc. 19, 75 incisos 22 y 23. Por su parte, los tratados internacionales incorporados a la Constitución, también lo garantizan: Convención de Derechos de Niño: (Nueva York, 1989) Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 6 inc. 1, 23 y 24. Reserva Argentina al artículo 1 (Ley 23.869, artículo 2, párrafo 3); Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969): artículo 1º, párrafo 2, 3, 4, 5, 16, 19 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 6, 10, 12, y 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, artículos I y XVII; Declaración Universal de Derechos Humanos: artículos 3 y 6.

⁴ AA.VV., *Persona, vida y aborto*.

Para recordar todas las fuentes de derecho interno e internacional que protegen a los embriones humanos, paso a explicitarlas a continuación:

1. Código Civil

El artículo 54 llama personas a aquellas que aún no han nacido, y les atribuye la misma incapacidad absoluta que atribuye a los menores impúberes, a los dementes y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. El artículo 64 atribuye una representación a las personas por nacer para determinados negocios jurídicos, como adquirir bienes por donación o herencia. El artículo 72 establece que “Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo.” El artículo 264 establece que “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”

2. Constitución Nacional

En el artículo 16 se encuentra definida la prohibición de la discriminación y la igualdad ante la ley. En el artículo 33 que versa sobre los derechos humanos genéricos, menciona en primer lugar al derecho a la vida (Cf., “Saguir y Dib” Fallos 302:1284). En el artículo 75 inciso 19 establece la obligación del Estado a la promoción de la familia, la prohibición de la discriminación, y la igualdad de oportunidades y posibilidades para todos los hombres. El artículo 75 inciso 22 incluye, con jerarquía constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos.

3. Convención de Derechos de Niño (1989, Nueva York): Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 6, 23:

Es importante señalar al respecto que el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño –su clave hermenéutica– establece claramente que “el niño en razón de su inmadurez física y mental, necesita salvaguardas especiales y cuidados, incluyendo apropiada protección legal, antes como después de su nacimiento”. El artículo 1º dice: “Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley

que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” La Argentina ha formulado expresamente la declaración interpretativa que se consigna en el artículo 2º de la ley 23.869, esto es, la interpretación clara que asume respecto de la vinculación del Preámbulo con el artículo 1º de la Convención. Dicha reserva establece (artículo 2º, tercer párrafo, Ley 23.849): “Con relación al Art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad.”

El artículo 2º establece el alcance de la Convención respecto de todos los niños, sin discriminación alguna “de ningún tipo”. “Los Estados miembros deberán tomar medidas apropiadas para asegurar que los niños sean protegidos ante cualquier forma de discriminación o castigo”

El artículo 3º establece que la consideración primaria respecto de todas las cuestiones atinentes a los niños, por instituciones públicas o privadas, cortes, o autoridades administrativas o legislativas, será el mejor interés del menor. Los estados se obligan a proveer las medidas requeridas a este fin.

El artículo 6º, inciso 1 reconoce el derecho a la vida de todo niño, según la clave hermenéutica del preámbulo y el resto del articulado. Los Estados Partes se obligan a proveer a este fin. El artículo 18 vuelve a insistir sobre el estándar del mejor interés del menor.

4. Convención Americana de Derechos Humanos (1969, Pacto de San José de Costa Rica)

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce explícitamente en su artículo 4º el derecho de la persona a la vida desde la concepción. El artículo 4º dice: “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.”

El artículo 1º, párrafo 2 dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” El artículo 3º dice: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” El artículo 5º establece el derecho de toda persona ser respetado en su integridad física, mental y moral. El artículo 16º establece el deber de protección de la minoridad por parte del Estado. Esta disposición se reitera en el texto del artículo 19. El artículo 24 establece la igualdad ante la ley.

5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York)

El artículo 6° establece que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” El artículo 10° establece la protección a la familia (como “grupo natural y unidad fundamental de la sociedad”). El artículo 12° reconoce el Derecho a la Salud, especialmente la mortandad infantil y el desarrollo sano de los niños. El artículo 16° establece que “Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

6. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948, Bogotá)

El artículo I declara que “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” El artículo XVII reconoce que “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.”

7. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU)

El artículo 3° dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” El artículo 6° dice: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

La Dra. Ursula Basset, en su artículo “*Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?*”, indica que la ventana o lapso entre la concepción a través de las técnicas de fertilización asistida y la implantación, hacen nacer al Estado una obligación en cuanto a la salvaguarda de los derechos y la protección de los intereses de la niñez.⁵

Haciendo un análisis de derecho comparado, es notorio que, con diversos matices, hay una intención de resguardar, controlar y limitar posibles excesos o abusos en las técnicas de reproducción asistida a lo largo de todo el mundo, con relación a los embriones. Países como

⁵ BASSET, Ursula. *Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?* Diario LA LEY, 2013/07/12, p.1.

Alemania, Italia, Francia, Austria, Dinamarca, Noruega y Portugal tienen legislación específica, que se puede considerar –en parte– protectora de los derechos del embrión. Por otro lado, encontramos sistemas menos protectores, los cuales no obstante establecen ciertas regulaciones en orden a la salvaguarda de los embriones humanos. En esta línea podemos ubicar a la legislación de España, Gran Bretaña, Australia, Suecia y Finlandia. Cabe destacar que toda esta legislación, incluso la menos respetuosa de los derechos del embrión, siempre de algún modo u otro garantiza cierto grado de protección, cuestión que no se termina de verificar claramente en la legislación vernácula.

El régimen sancionatorio del artículo 4º del texto normativo propuesto surge del esquema de sanciones que establece la ley 11.044 de la Provincia de Buenos Aires, sobre investigaciones clínicas.

La dignidad inherente a toda persona humana exige que se pongan los máximos esfuerzos en pos de preservar cada vida de su destrucción, muerte y eliminación. Por ello, es menester que nuestra legislación precise estas protecciones limitativas en orden a proteger derechos que reconoce el sistema jurídico nacional en las esferas de mayor jerarquía.

III) Texto normativo

Artículo 1º: *Prohibición de eliminación.* Prohíbese la eliminación deliberada de embriones humanos. Para su preservación, deberán tomarse los máximos recaudos técnicos y científicos posibles.

Artículo 2º: *Prohibición de comercialización.* Prohíbese todo tipo de comercialización de embriones humanos. Asimismo, se prohíbe su utilización con fines industriales.

Artículo 3º: *Prohibición de experimentación.* Prohíbese todo tipo de experimentación destructiva de embriones humanos.

Artículo 4º: *Sanciones*. Toda violación a la presente ley determinará:

- a) La denuncia por ante el Tribunal Disciplinario del ente profesional que rija la matrícula.
- b) Las sanciones que correspondan por aplicación del régimen estatutario del sector público, cuando se trate de agentes del Estado.
- c) La supresión de asignación del puntaje que pudiera atribuírsele a la Investigación en concursos de cargos y funciones en el ámbito de la Administración pública provincial.
- d) Las acciones judiciales que fueren procedentes.

Artículo 5º: *Comunicación*. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.