

El inicio de la vida y la protección jurídica del embrión¹

Por Siro M. A. De Martini

En general, en el mundo jurídico el tema del comienzo de la vida suele plantearse cuando se quiere justificar algo que es contrario a la vida. En otras palabras, cuando las ideologías o los avances científicos necesitan autorización o apoyo para imponerse en la sociedad, recurren al Derecho, que se transforma así en un instrumento para modificar artificialmente la realidad.

De allí que uno podría comenzar por plantearse si existe una verdadera correspondencia entre el título de esta comunicación y la realidad jurídica que voy a describir. Es decir: ¿protege realmente el orden jurídico argentino al embrión humano o, por el contrario, lo desprotege o, peor aún, justifica los ataques contra su vida o integridad?

Como veremos, la respuesta es ambivalente.

Comencemos con la protección de la vida en su etapa prenatal que ha sido la constante en la mayor parte de nuestra historia jurídica.

Como siempre que se habla de Derecho hay que empezar por la Constitución Nacional.

Aunque nuestra Ley Fundamental y, con ella, todo nuestro orden jurídico siempre defendió y protegió la vida humana inocente, hay que decir que –desde la reforma de 1994- la Constitución contiene normas muy precisas sobre la protección de la vida desde su inicio.

En efecto, a través del inciso 22 del art.75, la reforma estableció que tienen jerarquía constitucional varias declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos que contienen normas relativas a la vida. Entre ellos podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 3º establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su art.6º declara: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”; luego, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone en el art 4º, inc.1 que “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”. Y, por otra parte, en lo que tendrá importancia para posteriores análisis, el art.1º, inc.2 que reconoce que “persona es todo ser

¹ Disertación del autor, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en la Jornada Inter-académica sobre “Principio y Fin de la vida humana”, del 22 de mayo de 2015, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Periodismo. En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año LX, Número 53, 2015. La Ley, 2016.

humano”, y el art. 24: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por fin, la Convención sobre los Derechos del Niño que dice en su art. 6° que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y que garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Y en el 3° que en toda medida que tome cualquier institución pública o privada siempre se debe tener en cuenta el interés superior del niño.

Hay que tener presente que la Convención entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y que la ley 23.849 al incorporar este documento internacional a nuestro orden interno dejó a salvo que “la República Argentina entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Luego, en materia legislativa común, la ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, dispone que “se entiende por interés superior del niño...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, entre los cuales, por cierto, está el derecho a la vida. Y, adelantándose a futuros problemas determina que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de...los niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 3°).

Y ya desde el siglo XIX, el Código Civil que pronto dejará de regir nuestra vida diaria, establecía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art.70).

En materia de jurisprudencia hay que mencionar, de modo coherente con las normas citadas, el fallo de nuestra Corte Suprema en el caso “Portal de Belén” donde se reconoció, con abundantes citas de reconocidos biólogos, que la concepción se produce con la fecundación (no, por tanto, con la implantación), lo que llevó al tribunal a prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco en razón de poseer efectos abortivos.

Es cierto que el Código Penal –desde su sanción en 1921- prevé dos supuestos de abortos “no punibles”. Se trata de los llamados aborto terapéutico y aborto eugenésico (“cuando el embarazo proviene de la violación... de una mujer idiota o demente” dice la ley). Durante años la doctrina penal discutió si el fundamento de la no punibilidad era la existencia de un estado de necesidad (o sea, quien causa un mal para evitar otro mayor) o una excusa absolutoria (es decir, razones de política criminal por las que se resuelve no castigar, en ciertas circunstancias, un delito). Pero de lo que no había dudas es de que se trataba de un medio de defensa que debía plantearse en ocasión de ser alguien imputado de la comisión del delito. Ningún juez podía autorizar la comisión del aborto porque los jueces tenían claro que no entraba dentro de sus funciones autorizar a matar. Y, por tanto, a ningún médico, partera, autoridad hospitalaria, mujer embarazada o abogado se le ocurría solicitarlo.

Quizás convenga mencionar, como signo de la política estatal protectora del embrión, el Decreto 1406/98 (que sigue vigente), por el cual se declara el día 25 de marzo de cada año como "Día del Niño por Nacer". Entre sus muchos fundamentos se destaca "que la vida, el mayor de los dones, tiene un valor inviolable y una dignidad irrepetible" y "que el derecho a la vida no es una cuestión de ideología, ni de religión, sino una emanación de la naturaleza humana".

Podríamos resumir, entonces, el contenido de nuestra legislación vigente en materia de protección de la vida en su inicio, a través de las siguientes proposiciones:

- . La vida humana comienza desde la concepción.
- . Desde la concepción todo ser humano es persona.
- . Desde la concepción existe un derecho intrínseco a la vida.
- . En toda medida que pueda afectar a una persona por nacer, ya sea que la adopte un órgano o institución de cualquiera de los tres poderes o una entidad privada, hay que velar por el interés superior de la persona por nacer.
- . Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de una persona por nacer y los de una persona adulta, prevalecerán los primeros.
- . El aborto es un delito contra la vida de una persona.

Luego de esta apretada síntesis, estamos en condiciones de considerar la realidad opuesta: el orden jurídico argentino desprotege o directamente ampara la agresión contra la vida humana en su etapa prenatal.

Es importante que hagamos este breve recorrido teniendo siempre presente que todas las normas mencionadas se encuentran vigentes.

Comenzaré con el aborto para pasar luego a la fecundación humana artificial.

Ya en nuestro siglo, tras varios casos de autorizaciones judiciales para abortar, con el argumento de que se trataba de supuestos de no punibilidad; y de graves intervenciones del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Salud (elaboración de una Guía indicando como proceder en caso de abortos no punibles, facilitación de medios para que se practiquen abortos, entrega indiscriminada de fármacos con efectos abortivos en hospitales públicos), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso F., A. L. de marzo de 2012, interpretó el Código Penal en el sentido de que hay una tercera causa de no punibilidad del aborto, cuando el embarazo es consecuencia de una violación.

Más aún, dijo que se trataba de un derecho de la mujer embarazada y que el Estado debía practicar el aborto como parte del servicio de salud.

¿Cómo pudo la Corte Suprema llegar a esa conclusión? No me refiero en este momento a la interpretación del Código penal, sino a la afirmación de que existe un derecho a matar a una persona inocente y que el Estado tiene la obligación de encargarse de matarla. ¿Cómo conciliar esta sentencia con la Constitución Nacional?

Hubo un jurista llamado Charles Evans Hughes, que presidió la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, que acuñó una frase que pronto ganó fama: “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. La frase ha sido utilizada en los más variados contextos y podría ser fácilmente empleada en este caso. Claro que no sería una explicación sino una rendición algo cínica ante los hechos, y un regreso a la idea brutal de que quien tiene el poder decide qué es el derecho.

No creo que haya sido éste el trasfondo del pensamiento de nuestros jueces. Creo que es peor. A mi juicio el único modo de comprender –no de compartir, por cierto- los argumentos de la sentencia es si se parte de la hipótesis de que el pensamiento de la Corte es que existen dos categorías de seres humanos: los nacidos y los por nacer. Cada uno de ellos con distintos niveles de protección jurídica. Por supuesto, que este hipotético fundamento del derecho, y de la obligación, de matar, convierte al fallo en una resolución aún más inconstitucional, si cabe; pero, al menos, le da algo de coherencia.

¿Cómo entender, si no, esta argumentación de la Corte?: “de la dignidad de las personas... se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente... la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”.

Como se ve, el tribunal utiliza el argumento para justificar la conducta abortiva de la madre, pero no para proteger al niño.

Es decir, en pura lógica: si el niño fuera una persona habría que considerarlo como un fin en sí mismo y no podría ser tratado utilitariamente, por lo tanto, no se podría emplear su vida como medio para remediar, de algún modo, el problema psicológico de su madre. Pero la Corte dice que hay un derecho a matarlo. En consecuencia, no es una persona. Y así se puede proceder con otras argumentaciones del Tribunal. Y siempre con el mismo resultado. De hecho, prácticamente no se habla en el fallo de la víctima del aborto. Ni de sus derechos.

Como es sabido, los médicos fueron tratados en este fallo con especial e inusitada dureza, y de un modo amenazante. Hasta el punto que muchos nos hemos preguntado si este fallo no fue escrito pensando en particular en los profesionales de la salud, como un modo de asegurarse que practiquen abortos.

Me parece importante, en este sentido, insistir en que los fallos de la Corte obligan sólo en el caso en que han sido dictados y que la Corte carece de potestad para obligar a las provincias (o a la ciudad de Buenos Aires) a dictar protocolos para practicar abortos. De hecho, basta ver la parte resolutive del fallo para comprobar que el alto tribunal no “ordena” sino que “exhorta” a las diversas autoridades a disponer los medios para practicar abortos. Quien ha leído los considerandos de la sentencia no puede dudar que si la Corte hubiera podido ordenar que se practicaran los abortos lo hubiera hecho. Hay que señalar, por tanto, que tanto las provincias como la ciudad de Buenos Aires, han asumido la grave responsabilidad de ordenar la práctica de abortos por su propia decisión y voluntad.

Este precedente produjo como buscado efecto que muchas provincias, aunque no todas, sancionaran los llamados protocolos de aborto no punible.

En cuanto a la fecundación artificial extracorpórea, que es la que más interesa para el tema que estamos tratando, hay que decir que gozó durante muchísimos años en Argentina de un virtual estado de anomia. Es decir, las leyes nada decían sobre ella. Argentina fue así (y en realidad presumo que lo sigue siendo) una suerte de paraíso para quienes quisieron producir artificialmente embriones humanos, experimentar con ellos o comercializarlos. El único intento que se hizo para poner algo de control judicial y, a través de él, proteger a los embriones congelados en la ciudad de Buenos Aires, fue obra del empuje y compromiso de Rabinovich Berkman, a través de una causa que lleva su nombre y en la que, lamentablemente, la Justicia no pudo alcanzar el resultado deseado.

En el año 2013 se sancionó la ley nacional 26.862 de “reproducción humana asistida”. La finalidad de la ley, según surge de su mismo texto, es garantizar el acceso integral a la fecundación artificial a todo aquel que lo requiera. “Acceso integral” tiene un doble sentido: económico, por un lado, porque todos los centros de salud –públicos y privados– tienen la obligación de incorporar las técnicas de fecundación entre sus prestaciones y brindar una cobertura integral; e irrestricto, por el otro, en cuanto el único requisito para solicitar el tratamiento es la mayoría de edad. El estado civil y la orientación sexual, se dice expresamente, no deben representar ningún límite.

Es decir, que desde su comienzo la norma asume la licitud de la fecundación artificial y todo lo que necesariamente conlleva (selección y descarte de embriones, criopreservación, posterior muerte de los embriones congelados que no se implanten).

Hay que señalar que la ley menciona, entre otras, técnicas que incluyan la “donación de embriones”.

Ahora, como los seres humanos no pueden ser objeto de donación habría que conjeturar que: o la ley no considera que los embriones humanos sean seres humanos, o considera que son seres humanos pero de una categoría distinta.

Por fin, debemos considerar las normas del nuevo Código Civil. La norma central para nuestro tema está, sin dudas, contenida en el artículo 19: “la existencia de las persona humana comienza con la concepción”. Sin embargo, la ley 26.994, que es la que aprueba el Código, establece en su artículo 9º, en calidad de norma transitoria correspondiente al mencionado artículo 19, la siguiente: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”

Nuevamente nos encontramos con la creación de dos categorías de seres humanos: los embriones concebidos y los embriones no implantados. De lo que se sigue que, para el Código Civil, concepción quiere decir implantación.

Los embriones no implantados no son entonces personas. Pero recordemos que según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional, persona es todo ser humano, por tanto, los embriones no implantados no son seres humanos. Pero, si no son seres humanos, ¿qué son? Y además, si fuera así: ¿por qué hay que protegerlos?

Podemos encontrar un intento de justificar esta categorización de los seres humanos en un artículo escrito por uno de los autores del proyecto de Código Civil. Leemos: “hay que hablar sin eufemismos, decir que los embriones in vitro son personas implica prohibir la técnica de criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre”².

El razonamiento es llamativo: quiero que se pueda practicar la fecundación in vitro. Pero ésta supone la criopreservación de embriones. Congelar personas es ilícito. Por lo tanto, establezco legalmente que los embriones producidos a través de la fecundación in vitro no son personas.

Se trata de un argumento filosóficamente utilitarista pero llevado a un grado extremo: recrear la realidad para poder justificar mi voluntad (o la supuesta voluntad popular, o los intereses de quienes sean).

Como consecuencia esperable de esta creación legal, en noviembre de 2014, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley para la protección del embrión no implantado que legaliza el descarte, la crioconservación, la destrucción y la utilización de embriones para experimentación. El proyecto fue objeto de un dictamen de nuestra Academia que pone de manifiesto su inconstitucionalidad. No ha sido aún tratado por el Senado.

En síntesis final: nuestro ordenamiento jurídico protege con todo rigor y claridad a las personas en su etapa prenatal, tanto embrionaria como fetal. En los últimos años han aparecido normas de distinta jerarquía (Código Civil, ley de reproducción humana asistida,

² Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora: “El embrión no implantado. Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común” - LL - 10/7/2012 - 1

protocolos para atención de abortos no punibles) y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que vulneran gravemente los derechos humanos de las personas en la etapa prenatal. Tanto el aborto entendido, en determinadas circunstancias, como un derecho; como el descarte y el congelamiento de embriones, tienen como fundamento implícito la creación de categorías de seres humanos con distintos niveles de derechos, o la negación del carácter de humanos o de plenamente humanos de ciertos seres originados en la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Se trata, entonces, de una concepción jurídica prometeica que no sólo no respeta la realidad objetiva de las cosas sino que supone que es la ley la que crea la realidad.

Ciertamente, no puedo menos que decir que todo esto es abiertamente contrario a nuestra Constitución Nacional.

En 1994, Gonzalo Herranz terminó una famosa conferencia con una frase que considero que debería ser motivo de permanente reflexión: “Hay razones para sospechar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un hombre o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose fijará el tono moral de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, las relaciones interhumanas”³.

³ Herranz, Gonzalo: “Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado” publica en Anuario Filosófico, revista de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Navarra, 1994 (27), p. 127.