

El Código Civil y Comercial

y la constitucionalización del derecho privado

Uno de los puntos más destacados, positivos e innovadores del Código Civil y Comercial argentino –ley 26.994– es la constitucionalización del derecho privado, ya que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. [...] Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”(1).

Los Fundamentos del Anteproyecto consideran que el Código Civil y Comercial es la ley reglamentaria de los derechos humanos reconocidos por los tratados incorporados al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (en adelante, CN). “Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil”(2).

Esta constitucionalización del derecho privado, que permite “que el derecho civil genere puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados en que la Argentina sea parte”(3), conlleva que “hoy cualquier cuestión jurídica se convierte en una -cuestión constitucional, según ha sucedido explícitamente en nuestro país al constitucionalizarse en la reforma de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22”(4).

Cabe destacar que “este nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de normas y principios con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios”(5).

Por ello sostiene Rivera(6): “La incidencia del derecho supranacional en el derecho interno es obvia. Por un lado la reforma constitucional de 1994 ha zanjado toda duda sobre la jerarquía de los tratados con relación a las leyes; y en particular la adhesión a un sistema supranacional de derechos humanos tiene una directa influencia sobre la validez de las leyes y decisiones judiciales que quedan sometidas no solo al control de constitucionalidad sino también al de convencionalidad”, tal como lo ha decretado la Corte Suprema in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”(7), fallo en el que el Alto Tribunal sostuvo que los órganos del Poder Judicial deben ejercer entre las normas internas y los tratados con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22, de la CN no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio.

2

Los nuevos paradigmas del Código Civil

y Comercial

De este modo y como fruto de la constitucionalización del derecho privado y del “nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece la persona humana con su intrínseca dignidad como nuevo sujeto de derecho internacional junto con los estados nacionales y contra esos mismos estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales”(8). Es decir que se ubica a la persona y su dignidad en el centro, “frente a la centralidad del Estado en el modelo legalista anterior”(9).

Esta constitucionalización del derecho privado, plasmada en el nuevo Código, lo convierte necesariamente en un código centrado en la persona, en la igualdad –basado en el paradigma o principio no discriminatorio–, en los derechos individuales y colectivos para una sociedad multicultural, bajo un paradigma protectorio(10). Lorenzetti lo describe en los siguientes términos: “Código de la igualdad real, igualdad real que tiene en cuenta no solo a los hombres y mujeres sino a los niños, adolescentes, consumidores, personas con capacidades diferentes, comunidades originarias, al ambiente y los derechos de incidencia colectiva con fundamento en el paradigma protectorio sin discriminaciones y con el absoluto respaldo que emana de nuestra Constitución Nacional”(11).

Sostiene Yuba(12) que no se puede hacer un análisis separado e individual de los paradigmas protectorio, no discriminatorio, de igualdad, de inclusión antes enunciados, dada la interconexión que mantienen entre sí, sin constituir compartimentos estancos. Asimismo se debe tener en cuenta al analizarlos la influencia que ejercen las convenciones y los tratados internacionales de derechos humanos, en especial a partir de la reforma constitucional de 1994 y de su constitucionalización en

el Código Civil y Comercial.

Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Suprema en “Álvarez, Maximiliano c. Cencosud S.A.”(13), aquellos principios de igualdad y no discriminación han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*, según lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos(14), lo cual conlleva para el Estado argentino la “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato” de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia –por acción u omisión– lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18, El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18).

El Código Civil y Comercial argentino es un código no solo centrado en la persona, sino en las personas más vulnerables, porque es “un cuerpo normativo concebido para posibilitar que las personas alcancen el más alto nivel de vida posible, con respeto por los derechos de los demás, razonable y necesaria limitación para la protección de los derechos sociales, el medioambiente y los intereses que hacen al bien común, lo que incluye el resguardo de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o de desigualdad estructural y la exclusión de toda conducta discriminatoria, supuestos que derivan lógicamente de la obligación de interpretar los contenidos según las normas de derechos humanos, establecida en los artículos 1º y 2º”(15).

El primer artículo del nuevo Código “coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte –ya sea que tengan jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), según lo establece la ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino–; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente; y iii) siempre que no sean contrarios a derecho”(16).

Muy loable es asimismo que el Código Civil y Comercial incorpore los derechos fundamentales como contenido sustancial, a diferencia del esquema formalista anterior; rehabilite la dimensión práctica valorativa o axiológica de la realidad jurídica en reemplazo de una visión meramente descriptiva –propia del positivismo legalista–; habilite la interpretación jurídica a partir de principios en lugar de la aplicación mecánica de normas positivas independientemente de su contenido; y, al mencionar expresamente a la Constitución Nacional y sus principios y valores como fuente del derecho a la cual se tiene que conformar el resto del ordenamiento jurídico, sustituya “la idea de una Constitución entendida como un mero programa político dirigido fundamentalmente al Poder Legislativo que tenía que traducirlo en derecho normativo”(17).

El paradigma protectorio de los niños que sufren discapacidades

En este marco de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial argentino, y celebrando asimismo “que ajusta sus disposiciones a los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378)”(18), comentaré los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14, aprobados el 12-11-14 por la Cámara de Diputados de la Nación, actualmente en revisión en la Cámara de Senadores, que “tienen por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862(19) y su reglamentación vigente” (cfr. art. 1º).

Lamentablemente debo adelantar mi posición contraria al texto proyectado, cuya finalidad –enunciada en el art. 1º– es contradicha por el resto de su articulado. En estas líneas me centraré en el análisis de los Proyectos sancionados en cuanto autorizan la investigación(20) y descarte de embriones humanos producidos mediante “técnicas de fecundación artificial”(21).

El paradigma que en especial me ocupa y que resulta relevante para el análisis de los referidos Proyectos de Ley es el protectorio y no discriminatorio de la infancia –atento a que, según el ordenamiento jurídico argentino, los embriones fecundados in vitro y “no implantados” (cfr. art. 1º, Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14) son niños(22)– y de las personas que padecen discapacidades.

La infancia ha sufrido un gran cambio de enfoque desde el dictado de la Convención sobre los Derechos del Niño(23), ya que a partir de ese momento los niños ya no son considerados objeto de protección, sino sujetos de derechos, en especial del derecho a la vida, a la igualdad y a la no discriminación, intrínsecamente vinculados los tres con la dignidad personal(24) y con el interés superior del niño, que se erige como pauta o criterio rector de interpretación de derechos y de actuación en toda situación que los involucre (cfr. art. 12, CDN).

En consonancia con el paradigma protectorio y no discriminatorio de los niños, el nuevo Código Civil y Comercial establece cambios respecto de su capacidad en consideración de su edad y grado de madurez, y la noción de capacidad progresiva, entre otros. Correlativamente se establece la responsabilidad parental, que debe respetar la supremacía del interés superior del niño, sus derechos personalísimos(25) (cfr. art. 646, cód. civil y comercial), su autonomía progresiva y su derecho a ser oído(26), y se deja de lado el criterio establecido por el art. 377 del Código de Vélez Sarsfield –en el sentido de “gobernar la persona y bienes del menor de edad”– para dar paso a la protección integral de la persona y los bienes del niño que no haya alcanzado la plena capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la autoridad parental(27).

Los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14

El Proyecto de Ley 0581-D-14(28) expresamente prohibía en su art. 17, inc. e), “la utilización de embriones para la experimentación”, y solo contemplaba el descarte del material genético –es decir, de óvulos y espermatozoides (cfr. arts. 14 y 15)–, no el de embriones.

Los Proyectos 0581-D-14 y 4058-D-14, aprobados por la Cámara de Diputados, autorizan la investigación y el descarte de embriones humanos (cfr. arts. 12(29) y 14(30)) mientras no se encuentren implantados (cfr. art. 1º).

4.1. Crioconservación: la excusa

La excusa que utiliza el Proyecto bajo análisis para decretar el cese de la crioconservación de los embriones o su utilización para investigación es el tiempo transcurrido desde su congelamiento.

Afirmo que es una excusa y no una razón científica, ya que tanto la literatura médica especializada como los medios de comunicación social dan cuenta de nacimientos de personas que estuvieron crioconservadas por más de diez años(31) (límite de tiempo que el Proyecto establece para habilitar su descarte o su utilización para investigación), clara prueba –su nacimiento con vida– de que se encontraban vivas durante su congelamiento.

4.2. Diagnóstico genético preimplantatorio:

el instrumento

Para determinar cuáles son los “embriones viables”, es decir, “aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan” (cfr. art. 14), se utiliza habitualmente el diagnóstico genético preimplantatorio (en adelante, DGP(32))(33).

4.2.1. Diagnóstico genético preimplantatorio

e integridad física

Atento a que el DGP conlleva graves lesiones para los embriones a él sometidos(34), particular relevancia reviste lo dispuesto por el art. 647 del cód. civil y comercial respecto de la prohibición de “malos tratos y de cualquier hecho que lesione o menoscabe física y psíquicamente a los niños”.

4.2.2. Diagnóstico genético preimplantatorio

y discriminación

El Proyecto propende claramente a la discriminación(35) de los embriones basada en razones genéticas(36) y eugenésicas(37), instrumentada mediante un “estudio previo”: el DGP. Así, su art. 14 in fine establece: “A los fines de la presente ley se entiende por embriones viables aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan. Son embriones no viables o inviables aquellos que se han detenido en su desarrollo o que presentan alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo, que impiden su transferencia al útero de la mujer”.

Esta discriminación –prohibida asimismo por la ley 23.592(38)– menoscaba la dignidad personal de los embriones, además de lesionar su derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y violentar los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes(39) y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La discriminación arbitraria de estas personas por nacer vulnera, además, el espíritu del flamante Código Civil y Comercial y sus cambios de paradigmas, tal como los describí en el acápite tercero.

Cabe aquí poner de resalto que el 30-7-14, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza in re “L., E. H. y ot. En J. 221.605/50.235 ‘L., E. H. c. O.S.E.P. p/acción de amparo p/apelación s/inc.’”, causa Nº 110.803, resolvió rechazar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de este modo, confirmar la sentencia de la jueza de primera instancia que rechazó la acción de amparo interpuesta, en la inteligencia de que “la negativa de OSEP no era notoriamente ilegal ni arbitraria ya que el DGP solicitado no estaba incluido como técnica obligatoria para la demandada por normativa alguna, y además conllevaba la elección de los embriones aptos, sin decir nada sobre el

destino de aquellos que no serían implantados por resultar con anomalías, inclinándose por proteger el derecho de estos últimos, ya que son persona desde el momento de la concepción y están imposibilitados de exigir protección de su vida y dignidad” (cfr. consid. 6º).

4.2.3. Discriminación por discapacidad

La discriminación autorizada por el Proyecto bajo análisis se funda en las discapacidades que pudiese padecer el embrión fecundado in vitro, diagnosticadas mediante el DGP.

La ley 25.280 –que aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad– entiende por “discriminación” contra las personas con discapacidad toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales (cfr. art. 1º). Por su parte, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales –aprobados por la Asamblea General en la resolución 46/119 de diciembre de 1999– señalan que el resultado de la discriminación es impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad con los demás.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada mediante ley 26.378) establece como principio general la no discriminación (cfr. art. 3º, inc. b]) y reconoce el respeto por la diferencia, aceptando la diversidad y la igualdad de oportunidades (art. 3º, incs. d] y e]). En su Preámbulo reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.

La Convención –ley 26.378– protege de manera especial a las mujeres, niños y niñas con discapacidad (arts. 6º y 7º), a la par que la ley 26.061 establece en cuanto a ellos los principios de igualdad y de no discriminación (art. 28).

En cuanto al derecho a la vida, el art. 10 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad garantiza el derecho al goce de la vida en igualdad de condiciones con respecto a los demás. Cabe aquí tener en cuenta que, frente a la posición de aquellos que niegan la personalidad de los embriones y, consecuentemente, su derecho a vivir, se erigen los principios pro homine y precautorio y el principio pro persona, que obliga a acudir a la hermenéutica más favorable a la persona, por lo que resulta inaplicable –tal como he explicado en oportunidades anteriores– la doctrina que emerge de la sentencia “Artavia Murillo”(40).

El cambio de paradigma con sentido protectorio, de igualdad y de no discriminación al que me referí en el acápite tercero se evidencia respecto de las personas que padecen discapacidad en diversos artículos dispersos por todo el nuevo Código (cfr. v. gr. arts. 31 al 42, 59 y 60, 526, 1195, 2641, cód. civil y comercial). En especial, el art. 51 del cód. civil y comercial recuerda que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia –incluso ante “defectos” genéticos– tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. El art. 52 del referido cuerpo legislativo habilita el reclamo por la prevención o reparación de los daños sufridos por el menoscabo de la dignidad personal. Ello es así porque la dignidad personal es el fundamento de la igualdad ante la ley (cfr. art. 16, CN) y de la consecuente prohibición de discriminación.

Basta lo enumerado para afirmar que el Proyecto que comento vulnera los principios y derechos reconocidos en protección de las personas que padecen discapacidad, fundados todos ellos en la dignidad personal, de raigambre constitucional.

4.3. El carácter experimental de las técnicas

Por otra parte y tal como he señalado con anterioridad(41), las técnicas de fecundación artificial en sí mismas revisten un carácter experimental(42) (en los términos del art. 58(43) ab initio del cód. civil y comercial), ya que constituyen tratamientos “cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente”. En efecto, las técnicas no han superado los estándares(44) para ser consideradas “no experimentales”, atento a su baja tasa de éxito(45) y los elevados costos en vidas humanas y daños a la salud de los pacientes involucrados, es decir embriones(46), donantes de gametos y gestante, y no se guarda una relación proporcionada entre sus costos y sus beneficios (cfr. inc. e)], que resultan desproporcionados(47).

Si bien las técnicas se encuentran autorizadas –en forma inconstitucional(48)– por la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 pretenden avanzar más aún en la desprotección de las personas por nacer al desconocer abiertamente los requisitos para la experimentación con seres humanos que establece el art. 58(49) del cód. civil y comercial, en especial en los siguientes incisos: “f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos”.

Resulta superfluo recordar que, en caso de promulgarse los Proyectos bajo análisis, la persona por nacer será sometida a investigación sin que haya otorgado previamente su consentimiento

informado, y que el prestado por sus progenitores no es válido ya que se configura un caso de clara oposición de intereses entre las partes (los progenitores y sus hijos). Cabe mencionar que el Código Civil y Comercial contempla, para los supuestos de contraposición de intereses, el nombramiento de un tutor especial(50) denominado “guardador” –figura contemplada por el Título VII (“Responsabilidad parental”) del Libro II (“Relaciones de familia”) de la ley 26.994–.

Lo expuesto demuestra claramente que el Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 no guardan coherencia con lo establecido por la ley 26.994, pese a lo declamado en su art. 1º al decir que el Proyecto se sanciona “en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente”.

Asimismo, este Proyecto vulnera “los principios internacionales y sus pautas ético-jurídicas”(51) para las investigaciones en seres humanos, en especial: a) que la finalidad de restablecer la salud de la persona que participa en la investigación o experimentación terapéutica tenga siempre primacía sobre todos los otros intereses; b) que la investigación y experimentación no terapéutica –es decir, aquella en la que el interés es el avance científico para bien de terceros– se circunscriba a los siguientes estándares: b.1) el consentimiento informado junto con una ponderación entre riesgos y beneficios debidamente experimentados y b.2) en caso de que el individuo sea incapaz, el consentimiento informado prestado por su representante legal(52) –con la salvedad que hice anteriormente sobre la contraposición de intereses–.

Muestra de que las técnicas vulneran los principios internacionales para las investigaciones en seres humanos es la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala)(53) dictada el 18-10-11, que resuelve una cuestión prejudicial planteada en el caso “Brüstle v. Greenpeace” ante el Tribunal de Luxemburgo, relativa a la interpretación de la directiva 98/44/CE de protección de las invenciones biotecnológicas(54), que establece: “El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

”Constituye un ‘embrión humano’ todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis (...)

”La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

”El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención

cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”.

5

Conclusión

Baste lo brevemente expuesto para coincidir con diversos juristas especializados en derechos humanos⁽⁵⁵⁾ que han lamentado esta modificación –mediante los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14– introducida por la Cámara de Diputados al Proyecto de Ley original 0581-D-14, modificación que, como ha quedado demostrado, vulnera el derecho fundamental a la vida de las personas por nacer concebidas mediante estas técnicas y establece una discriminación arbitraria fundada en la salud de los embriones –distinción entre embriones “viables” e “inviables” (cfr. art. 14), desprotegiendo a estos últimos–, en clara violación de su dignidad y del derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria.

Por lo expuesto, concluyo lo siguiente:

5.1. Los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 son inconstitucionales por violar el derecho a la vida y a la igualdad y no discriminación de las personas por nacer que padecen discapacidades.

5.2. Los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 son incoherentes con las disposiciones del Código Civil y Comercial (ley 26.994, art. 2º), que establece los paradigmas protectorios y no discriminatorios de las personas que padecen discapacidades.

Una vez más el legislador pretende desconocer las voces de los especialistas en la materia. Entre ellos, los profesores reunidos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, quienes dictaminaron por unanimidad que “en el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación”⁽⁵⁶⁾.

Este avance de los Proyectos de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 en la desprotección de las personas concebidas mediante estas técnicas confirma que “la reproducción humana artificial muestra entonces un rostro oculto en sus comienzos, frecuentemente velado mediáticamente por propósitos altruistas, tales como desarrollar terapias, habiendo primero negado la calidad humana de los seres

cuyos cuerpos sirven de fuente nutricia para tales procedimientos”(57).

VOCES: CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS HUMANOS - DISCAPACITADOS - DISCRIMINACIÓN - BIOÉTICA

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, por Silvia Marrama, ED, 258-884; La aparición de los principios jurídicos en el nuevo Código. El caso del abuso del derecho, por Juan Pablo Limodio, ED, 261-833; Introducción al Código unificado, por Gabriel Fernando Limodio, ED, 263-896; El Código Civil y Comercial en clave de derechos humanos. El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino, por Marcelo Trucco, EDLA, 2015/20-7; La acción de responsabilidad civil derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado, por Félix Alberto Montilla Zavalía, ED, diario nº 13.944 del 27-4-16; Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de ley 2574-S-2015, por Daiana Berardo, Silvia Marrama, Ana Paula Thomas Benchoff y Elisabet Agustina Vidal, ED, diario nº 13.961 del 20-5-16. Todos los artículos vitados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

** - Este artículo se basa en la ponencia presentada en la Comisión 1, Privado Parte General de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): "Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana", Título: "Las personas que padecen discapacidades y su nuevo régimen protectorio y no discriminatorio, establecido en el Código Civil y Comercial".

*** - La autora es Abogada-mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

1 - Punto 1 de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, Comisión Decreto Presidencial 191/11.

2 - Punto IV, Capítulo 3, de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, Comisión Decreto Presidencial 191/11.

3 - Herrera, Daniel, Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código, en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Jorge N. Lafferrière (comp.), Buenos Aires, El Derecho, 2012, pág. 20.

4 - Ibídem, pág. 44.

5 - Ibídem, pág. 43.

6 - Rivera, Julio C., Significación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Edición Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Provincia de Buenos Aires, La Ley, noviembre 2014, pág. 3.

7 - CS, "R. P., J. L. y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", 27-11-12, consid. 12, EDCO, 2012-258.

8 - Herrera, Daniel, Algunas reflexiones..., cit., pág. 45.

9 - Ídem.

10 - Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Fundamentos. Código Civil y Comercial de la Nación. Presentación del Proyecto, Provincia de Buenos Aires, La Ley, junio 2012, pág. 441.

11 - Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación. Palabras preliminares, Buenos Aires, Errepar, 2014, pág. 12.

12 - Yuba, Gabriela, Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el derecho de familia, publicado en

http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf. Último acceso: 23-6-15

13 - CS, "Álvarez, Maximiliano c. Cencosud S.A.", Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323-2010.

14 - Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión

Consultiva OC-18/03 del 17-9-03, Serie A N° 18, párrs. 97/101 y 110.

15 - Introducción, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Título preliminar y Libro Primero, Marisa Herrera, Sebastián Picasso y Gustavo Caramelo (dirs.), Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. XXI.

16 - Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo, Comentarios a los arts. 1º a 18, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado..., cit., pág. 5.

17 - Herrera, Daniel, Algunas reflexiones..., cit., pág. 45.

18 - Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial..., cit., pág. 4.

19 - Cfr. Marrama, Silvia, Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862, ED, 255-673.

20 - Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012.

21 - Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11.

22 - Cfr. Marrama, Silvia, Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley N° 10854- 8280 de autoría del Senador Melchiori, ED, 257-811.

23 - Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20-11-89, aprobada por la Argentina por la ley 23.849 (sancionada el 27-9-90 y publicada B.O. 27-10-90) e incorporada en la Constitución Nacional, art. 75, inc. 22, en el año 1994.

24 - Marrama, Silvia, El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, ED, 258-884.

25 - Cfr. Marrama, Silvia, Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014, ED, 259-757; de la misma autora, Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, ED, 261-623.

26 - Cfr. Marrama, Silvia, El derecho del niño víctima a ser escuchado, ED, 256-725.

27 - Yuba, Gabriela, Los cambios..., cit.

28 - Marrama, Silvia, Los derechos personalísimos..., cit.

29 - Art. 12: "En caso de crioconservación de gametos o embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos diez (10) años desde la obtención del material genético, cesará la crioconservación o serán destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación. "Exceptúese de lo previsto en el párrafo anterior a aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. El plazo es prorrogable por cinco (5) años. "Las parejas que crioconservaren embriones conformados con material genético de ambos, deberán acordar y dejar asentado, en forma previa y expresa, el destino que a estos se les darán en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad del matrimonio, o muerte de uno de ellos, cuando ello se produjere antes del cumplimiento de los plazos establecidos en los párrafos precedentes, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de estos supuestos. La misma decisión deberá adoptar cada titular de gametos, en forma individual y así dejarlo expresado en el acuerdo celebrado con el centro sanitario elegido para la crioconservación".

30 - Art. 14: "A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe: "a) La comercialización de embriones; "b) La comercialización de gametos crioconservados; "c) Toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia; "d) La utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

"A los fines de la presente ley se entiende por embriones viables aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan. Son embriones no viables o inviábiles aquellos que se han detenido en su desarrollo o que presentan alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo, que impiden

su transferencia al útero de la mujer".

31 - El Dr. Pasqualini, del Centro Halitus, refiere: "En 2012 logramos un embarazo gemelar producto de óvulos congelados durante 12 años, es la mayor cantidad de tiempo que un óvulo estuvo congelado a nivel mundial". Cfr. 34 años después del primer bebé de probeta, publicado el 26-7-14 en <http://www.sentirypensar.com.ar/nota504.html>, último acceso 1-12-14. Otra noticia da cuentas de que "Magalí Feigin nació hace una semana en Capital, pero su fecundación –el momento de la entrada del espermatozoide de su papá con el óvulo de su mamá– ocurrió más de 10 años atrás. Para más rareza, la beba tiene un hermano –que es como su mellizo– que ayer cumplió 10 años", cfr. Nacimiento a partir de un embrión congelado durante una década, publicado el 20-3-07 en <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=45645>. Último acceso: 1-12-14.

32 - Cfr. Lafferrière, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, Buenos Aires, Educa, 2011.

33 - "Entre las distintas técnicas que pueden utilizarse para este estudio, está la de FISH (Fluorescence In Situ Hybridization) y la de microarrays (micromatrices). Tal procedimiento supone los siguientes pasos: a) La mujer debe recibir tratamiento hormonal para que maduren varios folículos; b) Los folículos maduros se aspiran a fin de recuperar los óvulos; c) El varón debe obtener una muestra de semen; d) Con los óvulos y el semen se realiza la fecundación mediante el procedimiento FIV-ICSI (Inyección Microscópica Intracitoplasmática de Espermatozoides) para conseguir un determinado número de embriones; e) Los óvulos fecundados se mantienen en cultivo durante tres días; f) Luego de la fertilización, que lleva a la fusión o singamia por entrecruzamiento del material genético materno y paterno, los embriones van duplicando su número de células (2 a las 36 hs.; 4 a las 60 hs.; 8 a las 72 hs.); g) El DGP se realiza sobre una de las células –blastómera– del embrión temprano (usualmente el de 8 células), haciendo una incisión microscópica en la superficie de aquél y aspirándola con una micropipeta" (cfr. consid. V, causa N° FSM 4338/2013/CA1, Orden N° 12832 "G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas", CFed. San Martín, sala I, Sec. Civil N° 1, 12-11-14. Camaristas: Marcelo Darío Fernández, Hugo Rodolfo Fossati, Lidia Beatriz Soto).

34 - Cfr. Lafferrière, Jorge N., Las implicaciones..., cit., cap. 12. Chiesa, Pedro J. M. - Aquino, Jorge B., En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero, ED, 252-1039.

35 - Cfr. Marrama, Silvia, La ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de "inclusión social" discriminatoria, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-6-14.

36 - Cfr. Lafferrière, Jorge N., Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina, ED, 244-945.

37 - Lamentablemente, se evidencia que las ideas de Darwin, que ya se consideraban superadas por los dolorosos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, siguen teniendo adeptos en nuestro tiempo. Me refiero a quienes propugnan "eliminar" a los débiles y enfermos de la sociedad, por considerarlos seres "inferiores" o "inútiles". En El origen de las especies (publicado en 1859) Darwin escribía: "Entre los animales salvajes, el débil es rápidamente eliminado, y de esta manera los que sobreviven exhiben un estado de salud cada vez más vigoroso". "En cambio nosotros, las personas civilizadas, hacemos los mayores esfuerzos por evitar ese proceso de eliminación (y con ello propiciamos que el débil –físicamente o de entendimiento–, no sea eliminado) (...) Protegidas de esa manera, muchas personas débiles fueron capaces de propagar su linaje, pero nadie que haya prestado atención a la cría de animales domésticos dudaría de que esto (el cuidado y la salvación de los débiles) tiene que ser muy nocivo para la raza humana" (el destacado me pertenece). Darwin, Charles, El origen de las especies, 1ª ed., Barcelona, Editorial del Aguazul, 2003.

38 - Esta ley 23.592, en su art. 1º, prohíbe los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad o caracteres físicos. Estas causales son meramente enunciativas ("a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente...") y,

en consecuencia, las que se fundan en razones genéticas quedarían comprendidas.

39 - Cfr. Chiesa, Pedro J. M. - Aquino, Jorge B., En cada proceso..., cit.

40 - Cfr. Marrama, Silvia, Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino, ED, 255-335.

41 - Cfr., v. gr., Marrama, Silvia, Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y la integridad en el Código Civil y Comercial de la Nación, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea, ED, 260-869.

42 - Téngase presente que por medio de la fecundación extracorpórea se "producen" personas en un tubo de ensayo, se seleccionan las más aptas para su implantación y las sobrantes se crioconservan a 196 grados bajo cero en tanques de nitrógeno líquido. Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, Paraná, Dictum, colección Doctrina, 2012, Capítulos III y IV.

43 - "Art. 58. - Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos: a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación; b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas; c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación; d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga; f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos".

44 - Quintana menciona los siguientes estándares: a) la defensa de la vida y no disponibilidad del ser humano por sobre otros intereses sociales, respecto de lo cual sostiene que "es inconcebible aceptar de antemano el riesgo de muerte y aun de grave padecimiento para la integridad o la salud"; "b) el 'consentimiento informado' de la persona participe de la investigación; c) la legitimidad del principio terapéutico, íntimamente relacionado con el principio de totalidad; y d) el interés social vinculado con el progreso de la ciencia respetando la primacía de la vida y salud del paciente conforme a)". Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., págs. 20/21.

45 - Las estadísticas de Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA) –organismo británico de control de la fecundación artificial– respecto de las técnicas de "alta complejidad" (que implican la manipulación de embriones) señalan durante el período 1991-2006:

Embriones humanos concebidos:	2.302.627 (100 %)	Niños nacidos por procreación artificial:	98.200 (4,26 %)
		Seres humanos abortados directamente:	1.009.916 (43,86 %)
		Personas congeladas o muertes indirectas:	1.194.511 (51,88 %)

Cfr. Human Fertilisation Embryology Authority, A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006 (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11-7-07, en <http://www.hfea.gov.uk/>, traducción propia.

46 - Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E. - Berti García, Milagros - Nassazi Ruano, Fernando, Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos, La Ley, DJ, 16-11-11, 5.

47 - Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo,

Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, págs. 281/293.

48 - Marrama, Silvia, La ley 26.862..., cit.; de la misma autora, Interpretación armónica..., cit. y Con la nueva ley de "embriones desamparados" se fomenta técnicas que por 1 chiquito que nace mueren 23. Análisis de la ley 26.862 por una especialista, ED, 255-732. Diario de Filosofía del Derecho, Temas y neodoctores: Fecundación in vitro y derecho, ED, 252-847.

49 - Cabe señalar que el art. 58 de la ley 26.994 no hace expresa referencia a las técnicas de fecundación artificial.

50 - Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., cap. V.

51 - Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., págs. 19/20.

52 - Ídem.

53 - Cfr. "Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof - Alemania) - Oliver Brüstle / Greenpeace eV (Asunto C-34/10)", en DOC 100, del 17-4-10.

54 - Albert, Marta, Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del Bundesgerichtshof, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace, LL, Nº 8084, Sección Doctrina, 16-5-13, Año XXXIV,

http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2012/11/Embriones_no_viables_¿embriones_patentables_.Comentario_a_la_sentencia_dei_Bundesgerichtshof_de_2....pdf.

55 - Entre ellos, Lafferrière, Jorge N., Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas, en La Ley, 2015-A-789.

56 - Comisión Nº 1 (Parte General: "Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto") de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013.

57 - Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimentación..., cit., pág. 31.