Jurisprudencia

У

Doctrina

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción: Gabriel Fernando Limodio Daniel Alejandro Herrera Nelson G. A. Cossari Luis Alfredo Anaya

Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y a la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea

Diario

d e

por Silvia Marrama<sup>(\*)</sup>

Sumario: 1. Introducción. – 2. Derecho a la vida co-MO DERECHO PERSONALÍSIMO. 2.1. ACTOS PELIGROSOS PARA LA PROPIA VIDA. - 3. DERECHO A LA INTEGRIDAD COMO DERE-CHO PERSONALÍSIMO. 3.1. DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL. 3.2. INVESTIGACIONES Y EXPERIMENTACIONES. - 4. CONCLUSIONES.

# Introducción

El mensaje 884/12 del Poder Ejecutivo Nacional de elevación al Congreso de la Nación del Provecto de Código Civil y Comercial de la Nación explica que "se innova en la incorporación de la regulación de los derechos personalísimos, que abundan en los Tratados Internacionales

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El alquiler de vientre internacional en el Proyecto de Código Civil 2012, por Fernando J. Nasazzi Ruano, ED, 250-101; Instrumentalización del embrión humano: ante los deseos de los adultos y la falta de límites en los avances biotecnológicos. Análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humar bre la fecundación in vitro y la protección a la vida humana, por MIRYAN Andújar de Zamora, ED, 252-104; En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero, por Jorge B. Aquino y Pedro J. M. Chiesa, ED, 252-1039; ¿Voluntad procreacional en la filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil?, por Jorge N. Lafferrière, ED, 255-96; Cosificación del ser humano en el Proyecto de Código Civil, por Luis M. Calandria, ED, 255-972; 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; Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional Nº 0581-D-2014, por Silvia Marrama, ED, 2-10-14, nº 13.580. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(\*) Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tri-

Este artículo se basa en la conferencia dictada el 24-6-14 en el Curso de Posgrado "Análisis Iusfilosófico y Bioético del Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Unificado 2012", organizado por la Fundación Centro Cultural Universitario en convenio con la Universidad Católica de La Plata. La autora publica este trabajo en el marco del Programa de Proyectos para Investigadores Formados de la Universidad Católica de Santa Fe (Proyecto de Investigación: "La fecundación humana extracorpórea en el derecho argentino", aprobado por resolución 6944 del Consejo Superior de la Universidad Católica de Santa Fe).

de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal. Allí se reconocen expresamente los derechos a la dignidad, intimidad, honor e imagen, entre otros". Así, "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" (cfr. Punto IV del Capítulo 3 de los Fundamentos del Anteproyecto).

Me propongo en estas líneas reflexionar sobre la razonabilidad y proporcionalidad(1) de la regulación -en el Proyecto sancionado por el Senado- de los derechos personalísimos a la vida e integridad de los pacientes que acceden a las técnicas de "fecundación artificial"(2)

# Derecho a la vida como derecho personalísimo

Entre los "derechos y actos personalísimos" enumerados en el Anteproyecto (Comisión Decreto Presidencial Nº 191/2011)(3), en el Proyecto elevado al Congreso Nacional y en el Proyecto sancionado por el Senado<sup>(4)</sup> no se

(1) Para profundizar en el tema, ver Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, págs. 281-293.

(2) La conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Naciona-

les de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11) utilizó la expresión "técnicas de fecundación artificial".

(3) Los "derechos y actos personalísimos" se encuentran regulados en el Capítulo 3 del Libro I, referido a la Persona Humana, si bien en otras partes del Anteproyecto y del Proyecto sancionado se encuentran algunas disposiciones aisladas, tales como el art. 17 del Título Preliminar, y el art. 1738 de la Cuarta Sección, dedicada a los daños resarcibles. Sobre la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto se pueden consultar Navarro Floria, Juan, *Los derechos personalísimos*, en *Análisis* del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 [en línea], Jorge N. Lafferrière (comp.), Buenos Aires, El Derecho, pág. 107. Disponible en http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyectonuevo-codigo-civil.pdf [fecha de consulta: 30-5-14]; 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, en ED, 258-884.

(4) El Senado, el 28-11-13, sancionó el Proyecto -con modificaciones-, y lo elevó para su tratamiento a la Cámara de Diputados

encuentra una mención expresa del derecho a la vida, que la Corte Suprema considera el primer derecho de la persona humana, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional porque "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"(5). Entiende, asimismo, el Alto Tribunal 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"(6).

Por otra parte, el referido mensaje 884/12 menciona "la incorporación de técnicas de reproducción humana asistida, regulando expresamente el consentimiento informado, con prevalencia de la voluntad procreacional y la equiparación de la filiación por dicho medio de reproducción, con la natural y la adoptiva plena".

El derecho a la vida de las personas concebidas mediante técnicas extracorpóreas<sup>(7)</sup> está implícitamente reconocido por el Proyecto sancionado por el Senado de la Nación, en el art. 19, que dice: "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

Sin embargo, el art. 561 in fine no se adecua a la finalidad<sup>(8)</sup> tuitiva de la vida humana desde la concepción, perseguida con la modificación realizada por el Senado al sancionar el art. 19 del Proyecto<sup>(9)</sup>, ya que establece: "El consentimiento es libremente revocable mientras no se

(5) CS, 24-10-00, in re "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", Fallos: 323:3229.

(6) CS, 6-11-80, in re "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización", Fallos: 302:1284. En igual sentido, CS, 27-1-87, in re "Cisilotto María del Carmen Baricalla de c. Nación Argentina (Ministerio de Salud y Acción Social)", Fallos: 310:112.

(7) Sobre las técnicas de fecundación extracorpórea, se puede consultar Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo VI; Basset, Ursula C., *Ley 26.862: cómo* cambia el derecho de familia, de los niños, en EDFA, 44/-4; LUKAC DE STIER, MARÍA - QUINTANA, EDUARDO M., Declaración pública de la Academia del Plata sobre la sanción de la ley de reproducción asistida, en ED, 253-927; MARRAMA, SILVIA, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, Paraná, Dictum, 2012, colección Doctrina, 580 págs.

(8) Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, págs. 281-

(9) Respecto del texto original del Anteproyecto, se puede consultar ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., La persona por nacer, en ED, 254-736; ibíd., Proyecto de Recodificación Código Civil 2012: en persona humana y derecho de familia en contraste con el pensamiento y obra del Dr. Guillermo A. Borda, maestro del derecho como ciencia práctica, en ED, 250-912; Arias de Ronchietto, Catalina E. - Lafferrière, JORGE N., La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil, en ED, 248-1024. LAFFE-RRIÈRE, JORGE N., ¿Guiño al aborto en Proyecto de Código Civil?, en ED. 249-871; ibíd., Embrión humano y bioderecho en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en EDFA, 44/-27; PERRINO, JORGE O., Hijos de primera e hijos de segunda, en ED, 255-785; MARRAMA, SILVIA, El reconocimiento y..., cit.

### CONTENIDO -

### **DOCTRINA**

Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y a la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea, por Silvia Marrama ...

#### **JURISPRUDENCIA**

Locación de Obra: Contrato bilateral: extensión a terceros; improcedencia. Contratos: Cláusula penal: finalidad; mora; operatividad de la cláusula penal; permanencia en la obra; irrelevancia. Daño Moral: Incumplimiento contractual: interpretación restrictiva; incumplimiento en la construcción de una vivienda; improcedencia (CNCiv., sala E. agosto 25-2014)

Persona: Fin de la existencia: cadáver; traslado del cuerpo sin consentimiento; falta de manifestación expresa de voluntad del difunto; daño moral (CNCiv., sala G, junio 5-2014).....

## **OPINIONES Y DOCUMENTOS**

Denuncian discriminación contra la mujer en España, por Bernardita Berti García

haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

La afectación del derecho a la vida en caso de revocación del consentimiento respecto de la transferencia de los embriones al seno de una mujer para ser gestados se produce porque –aunque no sean directamente eliminados<sup>(10)</sup>– su congelamiento sine die<sup>(11)</sup> equivale a su muerte<sup>(12)</sup>.

Estos riesgos para la vida de los embriones podrían haberse evitado mediante la prohibición de su congelamiento, tal como lo establece el Proyecto de ley para la provincia de Entre Ríos de autoría del senador Melchiori<sup>(13)</sup>. Al no haber elegido el legislador las regulaciones menos restrictivas de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas, estas previsiones no superan el test de proporcionalidad, amén de afectar el contenido esencial del derecho fundamental a la vida(14).

#### 2.1. Actos peligrosos para la propia vida

Si bien el Proyecto sancionado no menciona expresamente el derecho a la vida, prevé algunas derivaciones al establecer en el art. 54 la inexigibilidad de los contratos cuyo objeto ponga en peligro la vida, y prohibir la indisponibilidad de la propia vida en el art. 60 in fine(15)

El art. 54 del Anteproyecto –no reformado por el Senado al sancionar el Proyecto- establece: "Actos peligrosos. No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias"

Esta previsión cobra relevancia, respecto del tema que me ocupa -técnicas de fecundación humana extracorpórea-, porque resulta contradicha por la permisión, prevista por el art. 562 del Anteproyecto<sup>(16)</sup>, de los contratos de 'gestación por sustitución' (eufemismo para designar a los contratos de "alquiler de vientres" (17)). El mensaje 884/12 del Poder Ejecutivo Nacional entiende que un aspecto relevante del Proyecto es la gestación por sustitución, en la que el elemento central es la voluntad procreacional<sup>(18)</sup>, "expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. En estos casos, el juez interviniente en la homologación constatará que la gestante no haya recibido retribución alguna y que al menos uno de los comitentes hava aportado material genético". En cuanto a la retribución, cabe señalar que el inc. f) del art. 562 solo establece el requisito de su inexistencia al momento de homologación judicial del consentimiento informado, y queda abierta la puerta para la retribución al centro médico que realice las técnicas y a sus profesionales, a la gestante –con posterioridad a la homologación judicial–, a las compañías aseguradoras, entre otros<sup>(1</sup>

(10) En el leading case "Sue Davis y Junior Davis", tramitado en el Estado de Tennesse, Estados Unidos, el Supremo Tribunal estatal, en 1991, hizo prevalecer la voluntad del padre, que se negaba a la transferencia de los embriones congelados, los cuales terminaron eliminados. Cfr. QUINTANA, EDUARDO M., Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012, págs. 23-24.

La jurisprudencia argentina ha resuelto con más sensatez los casos de revocación del consentimiento informado del progenitor requirente de las técnicas. Cfr. Pastore, Analía G., Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia (nota a fallo "Perasso, Ana c. Skou, Alan Christian s/medidas precautorias", CNCiv., sala J, 13-9-11), ED, 245-50.

- (11) Cfr. MARRAMA, SILVIA, Fecundación in vitro..., cit., cap. III.
- (12) Lafferrière, Jorge N., Los embriones congelados, en un callejón sin salida, en ED, 257-922.
- (13) MARRAMA, SILVIA, Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley Nº 10854 - 8280 de autoría del Senador Melchiori, ED, 257-810.
  - (14) Cfr. CIANCIARDO, JUAN, El ejercicio regular..., cit.
- (15) Sobre la indisponibilidad de la propia vida, se puede consultar la tesis doctoral de María Del Pilar Zambrano, publicada bajo el título La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político, con Prólogo
- de Pedro Serna, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2005. (16) Este art. 562 ha sido suprimido por el Senado al sancionar el
- (17) Cfr. Sambrizzi, Eduardo A., La maternidad subrogada (gestación por sustitución), en ED, 254-743.
- (18) Respecto de la "voluntad procreacional", ver MARRAMA, SILVIA, Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas, en ED, 258-248; ibíd., Tutela de los derechos..., cit.; ibíd., El reconocimiento y..., cit.
- (19) "3. En medios periodísticos nacionales, se había informado un precio en el exterior que oscilaba entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California (La Nación, 'Crece el interés por el alquiler de vientres', 20 de agosto de 2011). 4. En este contexto, la mujer gestante sería la única que no cobra y con ello se consumaría una nueva forma de explotación de su cuerpo, en este caso apropiándose los profesionales de manera

El Anteproyecto explica en sus Fundamentos: "el derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El Anteproyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como 'turismo reproductivo')".

Los referidos fundamentos dan lugar a la siguiente pregunta: ¿el derecho debe ordenar la realidad social de las técnicas de fecundación artificial o someterse acríticamente a ellas, convalidándolas? Considero que la función del derecho es reconocer la dignidad y los derechos del hombre, y ordenar la realidad social conforme a aquellos. De hecho, existen países, tales como Costa Rica<sup>(20)</sup> (y, en menor medida, Italia<sup>(21)</sup>), que no se han rendido servilmente ante "la fuerza de la realidad".

La incongruencia entre las disposiciones de los arts. 54 y 562 del Anteproyecto radica en que estas técnicas artificiales conllevan la muerte de las mujeres gestantes<sup>(22)</sup>, lo cual se encuentra directamente relacionado con las innumerables vidas de embriones que se sacrifican<sup>(23)</sup>. En efecto, "las técnicas de fecundación artificial, caracterizadas por numerosos fracasos y pérdidas embrionarias"(24), exigen a la mujer que alquila su vientre someterse a numerosos intentos o "ciclos" de fecundación extracorpórea y transferencia embrionaria, con los consiguientes daños a su salud y riesgo de muerte<sup>(25)</sup>.

Más allá de la incoherencia señalada, cabe recordar brevemente el riesgo para la vida de cualquier mujer que se

inescrupulosa de su vientre. 5. También habrá costosos seguros que contemplar y que se vincularán tanto con las conductas de salud de la mujer como con el normal desarrollo de los bebés. 6. Ello constituirá otra forma de explotación de la mujer, que verá todo su embarazo monitoreado por un centro médico y por uno o dos "comitentes" (así se llama a los que encargan la "sustitución"). Cabe preguntarse si ella podrá viajar, o emprender actividades riesgosas, o bien qué sucede si la mujer fuma o toma alcohol. 7. Llamativamente el proyecto elimina los actuales artículos 67, 68 y 78 del Código Civil de Vélez Sarsfield, los que regulan lo que se conoce como 'postergación de controversias' y establecen que no se puedan generar litigios sobre el hecho del embarazo ni se puedan tomar medidas civiles sobre la mujer embarazada y su hijo. Bajo el anteproyecto, la mujer embarazada sometida a 'gestación por sustitución' podría sufrir todo tipo de hostigamientos para comprobar la buena marcha de ese proceso. 8. Finalmente, la redacción del inciso f) afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la 'mujer' 'no ha recibido retribución'. No es casual el uso del pasado y bien podría alguien alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que nada prohíbe que la reciba luego (...) 13. Si la mujer gestante es casada, ¿necesita autorización de su cónyuge? 14. ¿Quién ejerce la representación del niño por nacer durante el tiempo del embarazo (cfr. artículo 101, inciso a)? En caso de muerte del niño por nacer o lesiones, ¿quién está legitimado a demandar? ¿La gestante, los comitentes, el centro de salud? 15. ¿El pacto de 'sustitución' supone ciertos resultados en términos de condiciones de salud del hijo? ¿Qué sucede si el parto es múltiple? Desde ya que entendemos que considerar la posibilidad de retribuir a la mujer no es ninguna solución a este problema. La figura del 'alquiler de vientre', que eufemísticamente el anteproyecto pretende en-cubrir bajo la denominación de 'gestación por sustitución', es una grave ofensa contra la dignidad del hijo, sometido a un inadmisible contrato cosificador que se asemeia a la trata de personas, y también de la muier, también cosificada y expropiada de su cuerpo para las rentas de los profesionales de salud y los deseos de personas adultas". Centro de Bioética Persona y Familia, ¿Gestación por sustitución, alquiler de vientres o explotación del cuerpo femenino?, en http://centrodebioetica.org/2012/04/gestacion-por-sustitucion-alquiler-de-vientres-o-explotacion-del-cuerpofemenino-2/. Fecha de acceso: 2-7-14.

(20) Cfr. Marrama, Silvia, ¿Oué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?, en EDCrim, 245-1285; ibíd., Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino, [nota a Fallo], ED, 255-355; ibíd., El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica, ED, 18-11-09.

(21) MARRAMA, SILVIA, Referendum italiano sobre procreación asistida, Revista Duc In Altum Nº 10, agosto de 2005, Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina, págs. 57-77.

(22) Cfr. Centro de Bioética Persona y Familia, La industria del alquiler de vientres en India se cobra una vida, en http://centrodebioetica. org/2012/07/la-industria-del-alquiler-de-vientres-en-india-se-cobra-unavida/. Fecha de acceso: 2-7-14.

(23) Cfr. Aquino, Jorge B. - Chiesa, Pedro J. M., En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero, en EDCrim, 252-1039; MARRAMA, SILVIA, La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de "inclusión social" discriminato-ria, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-6-14; ibíd., Dos campanas que retiñen: alterum non laedere. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?, en ED, 243-77.

(24) Centro de Bioética Persona y Familia, ¿Gestación por sustitu-

(25) Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., Caps. III,

somete a las técnicas artificiales, entre otras razones, por la hiperestimulación ovárica que generalmente se realiza<sup>(26)</sup>.

## Derecho a la integridad como derecho personalísimo

El derecho a la integridad psicofísica se encuentra reconocido por nuestro derecho constitucional en el art. 18 de la CN y en diversos tratados incorporados al art. 75, inc. 22, de la CN, tales como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5°), la Declaración Universal de Derecho Humanos (art. 5°) y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 7°). Por su parte, el Código Penal argentino protege la integridad de las personas en el Libro Segundo ("De los Delitos"), Título I ("Delitos contra las personas"), Título III ("Delitos contra la integridad sexual"), y mediante algunos delitos del Título VII ("Delitos contra la seguridad pública"). El Código Civil vigente reconoce en el art. 1086 la indemnización por daño a la integridad física de las personas, en tanto el daño moral se encuentra contemplado por el art. 1078.

Este derecho personalísimo no se encuentra mencionado en forma expresa por el art. 52 del Proyecto sancionado.

3.1. Derecho a la integridad en las técnicas de fecundación artificial

Al igual que el derecho a la vida, el derecho a la integridad es un derecho personalísimo implícito (cfr. art. 54 del Proyecto). Por su parte, el art. 56 prohíbe "los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico".

Además de lo afirmado respecto de la incoherencia entre los arts. 54 y 562 del Anteproyecto, cabe agregar, con relación al art. 56, que la gestación por sustitución es palmariamente contraria a la ley, la moral y las buenas costumbres<sup>(27)</sup>, ya que implica un fraude al instituto de la adopción<sup>(28)</sup> y resulta incoherente con la prohibición legal de entregas directas de niños (cfr. art. 318, CC, ref. lev 24.779)<sup>(29)</sup>. Por otra parte, "no puede apelarse a la libertad de procreación en un sentido egoísta, por sobre la libertad del niño de ser concebido, gestado y alumbrado en condiciones dignas"(30). En efecto, el convertir a una persona por nacer en una prestación contractual viola su dignidad humana y quebranta la unidad familiar<sup>(31)</sup>.

Por otra parte, las prohibiciones del art. 56 del Proyecto alcanzan tanto al cuerpo humano como a sus partes (cfr. art. 17)(32); se extiende por tales, también, a los genes y ga-

(26) Ibídem, Cap. III.

(27) Centro de Bioética Persona y Familia, ¿Gestación por sustitución cit

(28) Cfr. Sambrizzi, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, Buenos Aires, El Derecho, 2004, pág. 160. (29) Cfr. Marrama, Silvia, Interpretación armónica, análisis crítico

y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862, ED, 255-673. (30) Cfr. Matozzo de Romualdi, Liliana, Volviendo a la cuestión

de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?, ED, 182-1652. (31) La conclusión 4 de la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacio-

nales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 2011), por unanimidad, estableció: "4) Filiación: a) Cuestiones generales. *De lege lata* (como criterio hermenéutico) y De lege ferenda (como criterio que guíe la legislación que se formule): Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)". (32) Los Fundamentos establecen en el punto 7.6.: "Tradicionalmente

se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona. El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano v sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente. Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social (...) No son bienes en el sentido jurídico del art. 2312 del Código Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena (...) Se admite, pues, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa ('bienes que no tienen un valor económico' o 'extrapatrimoniales'). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien...".

metos, cuya naturaleza jurídica es la de objetos con valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Al respecto, considero que la "donación" de gametos es contraria a la ley, a la moral y a las buenas costumbres (todos ellos son límites constitucionales que el art. 56 reconoce), ya que son portadores de rasgos físicos y psíquicos de la persona(33)

Por último y considerando que el diagnóstico genético preimplantacional ocasiona una disminución permanente en la integridad del embrión, ya que se le extraen -para realizarlo- un número considerable de células totipotenciales<sup>(34)</sup>, es una técnica que debe considerarse prohibida por el art. 56 del Proyecto sancionado.

#### 3.2. Investigaciones y experimentaciones

Las técnicas de fecundación artificial deben ser consideradas "investigaciones en seres humanos", según lo establece el art. 58<sup>(35)</sup> ab initio del Proyecto sancionado:

(33) "Es importante entender que donar semen no es lo mismo que donar sangre o que vender una muñeca o una heladera en un supermercado. Amén que muchos doctrinarios sostienen que una vez extraídos son jurídicamente cosas, creemos que esta respuesta peca de simplista. La falta de identidad de los gametos con cualquier otra sustancia humana impide la aplicación del régimen jurídico de las transfusiones de sangre (ley 22.290) y trasplantes de órganos (ley 24.193). En verdad, el semen y los óvulos no son órganos comunes. Son células germinales y están destinadas a producir vida humana; son las fuentes mismas de ella y por lo tanto, son radicalmente distintas de otras que forman nuestra anatomía. Los gametos son como el mismo cuerpo humano, elementos portadores de la personalidad: transmiten la vida y los caracteres genéticos del dador. Por eso se ha dicho que la dación de esperma es dación de paternidad, y la de óvulos es dación de maternidad" (Cour de Cassation, reunión plenaria, 31-5-91, Recueil Dalloz, 1991, 30° Cabier, Jurisprudence, citado en FERRER, FRANCISCO A. M., Procreación Asistida. Panorama Jurídico, Santa Fe, UNL, 1995.

(34) Cfr. AQUINO, JORGE B. - CHIESA, PEDRO J. M., En cada proceso de fecundación..., cit.

(35) 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, sólo 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". El art. 59 establece: "Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles: e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

tratamientos "cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente". En efecto, las técnicas no han superado los estándares (36) para ser consideradas "no experimentales", atento a su baja tasa de éxito<sup>(37)</sup> y los elevados costos en vidas humanas y daños a la salud de los pacientes involucrados, es decir, embriones<sup>(38)</sup>, donantes de gametos y gestante. En este sentido, el art. 560 y siguientes del Proyecto sancionado por el Senado no respetan una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causan, que resultan desproporcionados (39).

QUINTANA<sup>(40)</sup> sintetiza "los principios internacionales y sus pautas ético-jurídicas" para las investigaciones en seres humanos, priorizando dos: 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. Me permito añadir, respecto de este punto b.2), que en las técnicas de fecundación artificial se configura un caso de intereses contrapuestos con sus progenitores, circunstancia que amerita el nombramiento de un tutor especial<sup>(41)</sup> o guardador -figura contemplada por el Capítulo 10 del Título I del Libro I del Proyecto-.

Los procedimientos de investigación y experimentación embrionaria pueden agruparse<sup>(42)</sup> según su finalidad:

- a) Para mejorar los porcentajes de éxito de las técnicas de fecundación artificial.
- b) Para diagnosticar enfermedades genéticas (investigación preimplantatoria y prenatal<sup>(43)</sup>).
- c) Para determinar las posibilidades de sobrevivencia de los embriones congelados, así como las potenciales lesiones o modificaciones genéticas derivadas de la aplicación de las técnicas de congelamiento.
- d) Para extraer células denominadas stem, con fines terapéuticos para adultos.
- e) Para obtener embriones por partenogénesis o clonación, v para producir híbridos.
- f) Para producir o encontrar embriones histocompatibles para su uso farmacológico respecto de un hermano mayor necesitado de un transplante.

La simple lectura de la sistematización precedente evidencia el incumplimiento de los principios internacionales y sus pautas ético-jurídicas antes referidos, y 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

(36) 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 partícipe 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* experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2012, págs. 20-21.

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

- Embriones humanos concebidos: 2.302.627 (100%).

- Niños nacidos por procreación artificial: 98.200 (04.26%).
- 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 Humanaa, datos registrados entre 1991-2006), 11-7-07, en http://www.hfea.gov.uk/. Traducción propia
- (38) Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina E.; Berti García, Mila-GROS; NASSAZI RUANO, FERNANDO. Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos, en La Ley DJ 16-11-11, 5. (39) Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular.., cit.
- (40) Cfr. QUINTANA, EDUARDO M., Investigación y experimenta-ción..., cit., págs. 19-20.
- (41) Cfr. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro..., cit., Cap. V. (42) Cfr. Quintana, Eduardo M., Investigación y experimenta-
- ción..., cit., págs. 26-27. (43) Cfr. Lafferrière, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, Buenos Aires. Educa, 2011.

### **FONDO EDITORIAL**

#### **Novedades**



Derecho de la Ciudad de Buenos Aires DANIELA UGOLINI (coord.) ISBN 978-987-3790-00-3 490 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004 ora online: ventas@elderecho.com.ar www.elderecho.com.ar

los seres cuyos cuerpos sirven de fuente nutricia para tales procedimientos"(44)

Más allá de la selección eugenésica que se produce en las experimentaciones enumeradas<sup>(45)</sup>, la mayoría de las referidas intervenciones acarrea la muerte del embrión o pone en grave riesgo su salud.

Sin embargo, la redacción del art. 58 del Proyecto sancionado, que establece los requisitos para llevar adelante investigaciones en seres humanos, no hace expresa referencia a las técnicas de fecundación artificial. Respecto de los daños a la integridad física del embrión, la única previsión expresa del Proyecto sancionado por el Senado se encuentra en el art. 57<sup>(46)</sup>, cuya redacción trasluce la desprotección del embrión que subyace al Proyecto, ya que solo se encontraría prohibida su manipulación genética en tanto la alteración genética producida "se transmita a su descendencia", y evidencia, asimismo, el criterio eugenésico que la inspira, si bien los Fundamentos del Anteproyecto dicen que "se ha sustituido el vocablo prácticas eugenésicas, que se ha utilizado con frecuencia en derecho, por la expresión ya citada en el texto".

Atento a que la ley 26.862 no prohíbe expresamente las investigaciones y experimentaciones con embriones fecundados extracorpóreamente ni la manipulación genética, ni el descarte de embriones, la Comisión 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>(47)</sup> –celebradas con posterioridad a su sanción-, en el punto segundo de sus conclusiones, aclaró 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".

# **Conclusiones**

El Proyecto sancionado por el Senado de la Nación pretende ser la ley reglamentaria de los derechos fundamentales constitucionales, tal como lo afirma el Punto IV del Capítulo 3 de los Fundamentos del Anteprovecto.

Sin embargo, por lo expuesto, considero que las disposiciones sobre los derechos personalísimos a la vida e integridad de los pacientes que acceden a las técnicas de fecundación artificial no reglamentan de modo razonable o proporcionado<sup>(48)</sup> los correspondientes derechos fundamentales, por no adecuarse a la finalidad perseguida con el dictado de la norma (Proyecto), por no ser las regulaciones menos restrictivas de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas (cfr. v. gr. Proyecto Melchiori<sup>(49)</sup>) y por no respetar una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que la permisión de las técnicas causa.

#### **VOCES: BIOÉTICA - CÓDIGOS - DERECHOS HUMANOS** PERSONA - FAMILIA - CÓDIGO CIVIL - PODER **LEGISLATIVO**

- (44) QUINTANA, EDUARDO M., Investigación y experimentación..., cit., pág. 31.
- (45) Cfr. Sambrizzi, Eduardo, Derecho y Eugenesia, Buenos Aires, Educa, 2004.
- (46) "Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia".

  (47) Comisión 1 (Parte General: "Persona Humana: comienzo de la
- existencia; estatuto") de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, 2013.
  - (48) Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular..., cit.
  - (49) MARRAMA, SILVIA, Tutela de los derechos..., cit