

Zabaleta, Daniela

*Las técnicas de fecundación artificial en el
proyecto del Código Civil: manipulación gené-
tica y responsabilidad médica*

Prudentia Iuris N° 75, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Zabaleta, D. (2013). Las técnicas de fecundación artificial en el proyecto del Código Civil : manipulación genética y responsabilidad médica [en línea], *Prudentia Iuris*, 75. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tecnicas-fecundacion-artificial-proyecto.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL: MANIPULACIÓN GENÉTICA Y RESPONSABILIDAD MÉDICA*

DANIELA ZABALETA**

Introducción

Uno de los grandes temas en discusión en 2012 por parte de la doctrina jurídica argentina ha sido la presentación ante el Congreso Nacional del “Proyecto de Reforma, Unificación y Actualización de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”. Así las cosas, varias son las voces que se han alzado tanto a favor de la reforma como en su contra. Mientras que algunos consideran que la legislación proyectada implica un avance en materia de derechos humanos, llegando a tildarla como la “reforma más participativa de la historia”¹; otros se apartan de esta idea y ven en el Proyecto grandes deficiencias.

En el presente trabajo intentaremos analizar uno de los artículos más polémicos de la reforma: el Artículo 19, referente al comienzo de la existencia de la persona humana. Mas no habremos de agotar nuestra investigación allí, proseguiremos analizando otro artículo que puede pasar inadvertido pero que conlleva grandes implicancias si se analiza a la luz del 19. Hacemos referencia al Artículo 57, el cual trata acerca de las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. Por último, buscaremos ver qué implicancias puede generar este panorama respecto de la responsabilidad de los profesionales de la salud.

* Este texto corresponde a la ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Jóvenes y IV Iberoamericano de Filosofía del Derecho, Política y Bioética, 11, 12 y 13 de octubre de 2012, Tucumán, Argentina. Un agradecimiento especial al Dr. Nicolás Lafferriere, cuyas ideas sirvieron de fuente de inspiración para este artículo. Asimismo, agradecemos al Dr. Siro de Martini y a la Dra. Úrsula C. Basset por las sugerencias en la redacción y elaboración del presente trabajo.

** Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ Así lo señaló el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, en una conferencia realizada en la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, luego de recibir por parte de esa entidad el título de Doctor Honoris Causa y en donde disertó en las Primeras Jornadas de Derecho Ambiental “Nuevos desafíos a partir de Río+20”. Igual idea plasmó en una entrevista televisiva llevada a cabo el 20 de septiembre del corriente año, con la señal CN 23.

1. Comienzo de la existencia: el Artículo 19 del Proyecto

En el Libro I, Título I, Capítulo I, a lo largo de tres artículos el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación regula lo relativo al comienzo de la existencia de las personas. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar el Artículo 19, el cual dispone:

Artículo 19. *“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.*

Como puede apreciarse, el Proyecto de Reforma prevé un doble régimen para el establecimiento del momento a partir del cual un ser humano es considerado persona. Este doble régimen, único en el mundo, se basa en una distinción conforme cuál haya sido el modo en que dicho ser humano fue gestado: si fue por la unión natural de un gameto masculino con uno femenino, la existencia de lo que hoy se conoce como “personas físicas” comenzaría con la concepción; mientras que si fue por las “técnicas de reproducción humana asistida”, el punto de partida es la implantación del embrión en el útero de la mujer.

1.a) El Código de Vélez

Sabido es que el Código Civil contempla dos clases de personas, a saber: las de existencia física (también llamadas “personas físicas”, “personas individuales”, “humanas” o “naturales”²) y las de existencia ideal (conocidas más comúnmente con el rótulo de “personas jurídicas”). Las primeras se encuentran definidas por el Artículo 51, en los siguientes términos:

Artículo 51. *“Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.*

Esta norma, que debe ser entendida a la luz de las disposiciones del derecho romano y de las leyes de las Partidas³, prueba que Vélez adaptó el derecho a la

² “En cuanto a la terminología ‘personas de existencia visible’ es inventada por Freitas (Art. 17 del Esbozo y su nota). No ha hecho camino en la doctrina ni en los posteriores cuerpos de leyes. Por lo general, se usa la denominación de ‘personas físicas’ (Bonniecse, Crome, Stolfi, Rubbiani, Proyecto de ley sobre el nombre aprobado por el Senado en el año 1948), o también ‘personas individuales’ (Stenberg, Orgaz), o ‘humanas’ (Planiol, Josserand, Colin y Capitant), o ‘naturales’ (Savigny, von Tuhr, Oertmann, Windscheid, Biblioni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954)”, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, 21ª edición actualizada, Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2007, t. I, pág. 227.

³ “La norma se entiende a la luz de las antiguas disposiciones del derecho romano (Digesto) y de las Partidas, que exigían que la persona presentara signos característicos de humanidad y, fundamentalmente a los fines sucesorios, excluían a los que nacieren con caracteres de monstruos o prodigio (*mostrum* o *prodigium*). Entendemos que cuando dice que no se hará distinción de ‘cualidades o accidentes’ el Código

realidad biológica, reconociendo en todo ser humano su personalidad. De hecho, la referencia a las “cualidades o accidentes” demuestra que el Código pretende incluir a todo ser humano, más allá de las características físicas que pueda presentar.

En consecuencia, siendo para nuestro derecho equivalentes los conceptos ser humano y persona, el Código determina que su existencia comienza a partir de la concepción. Así lo establecen los Artículos 63 y 70 en los siguientes términos:

Artículo 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

Artículo 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Cabe aclarar que, si bien la legislación comentada dispone que la vida humana comienza a partir de la concepción en el seno materno, ello es así dado que en la época en que Vélez reguló esta materia era inconcebible que la concepción de un ser humano acaeciera fuera del cuerpo de la mujer, conforme sucede hoy en día con las técnicas de fecundación artificial. No obstante ello, tanto la jurisprudencia⁴ como la doctrina de los autores se han encargado de remediar esta situación, interpretando este artículo de manera teleológica.

Sorprendentemente, y a pesar de que el Código Civil ha sufrido innumerables modificaciones a lo largo de sus casi ciento cincuenta años de vigencia, tanto el Artículo 51 como los Artículos 63 y 70 han conservado su redacción originaria⁵.

pretende incluir a todo ser humano, sin importar las malformaciones que presente por graves que sean. En sentido concordante, el Artículo 72 señala que ‘no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo’. Esta referencia al ‘ente’ que es humano, sin importar cualidades o accidentes, resulta plenamente coherente con la definición filosófica de persona, que no mira a la posesión efectiva de ciertas propiedades o al ejercicio actual de ciertas funciones, sino a la realidad ontológica”, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Persona y Bioética”, en *Prudentia Iuris*, N° 73, Buenos Aires, Educa, junio 2012, pág. 254.

⁴ CSJN, “Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - Art. 6° Ley N° 24.411 (Resol. N° 409/01)”, 22-5-2007 (T. 330, pág. 2304); “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, 3-5-2007 (T. 330, pág. 1989); “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, 7-11-2006 (T. 329, pág. 4918); “El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir, con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del individuo. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación” (considerando °). “Portal de Belén, Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, 5-3-2002 (T. 197, pág. 13); Cám. Nac. Civ, Sala “P”, 3-12-1999, *ED*, t. 185, pág. 412, con nota de Marisa Isabel Benavente.

⁵ “Acerca de este punto los proyectos de reforma han mantenido el sistema del Código vigente: Anteproyecto Bibiloni, Arts. 30 y 31, primera redacción; Arts. 28 y 29, segunda redacción; Proyecto de 1936, Art 14; Anteproyecto de 1954, Art. 22; Anteproyecto De Gásperi, Art. 1°, LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 233.

Es más, los proyectos de reforma integral del Código han mantenido el sistema vigente. De allí que la redacción del Artículo 19 genere tanto revuelo en el ámbito jurídico.

1.b) Fundamentos

La redacción originaria del Proyecto (al cual llamaremos “Anteproyecto”) establecía como fundamento de este artículo el hecho de que “conforme el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer”.

El Mensaje 844/12 del Poder Ejecutivo, por medio del cual se elevó el Proyecto para su discusión ante el Congreso de la Nación, modificó en este punto los fundamentos, estableciendo lo siguiente:

“Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios⁶. Desde esa perspectiva, el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en el seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el Anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

Varias son las observaciones que merecen estos fundamentos. Igualmente, aquí nos detendremos en una en particular. Tanto el Anteproyecto como la versión final elevada al Congreso apuntan como verdadera razón de ser del doble régimen impartido por el Artículo 19 el hecho de que, conforme el avance científico verificado hasta la fecha, el embrión obtenido de manera artificial (es decir, en un laboratorio por medio de fecundación *in vitro*) no tiene aptitud suficiente como para desarrollarse fuera del seno materno. Esta postura, si bien cierta –aunque solo de manera par-

⁶ Decir que la persona humana es regulada solo con miras a sus consecuencias civiles es algo inconcebible, no solo porque contraviene otros fundamentos del mismo Proyecto (en especial el que se refiere a la “Constitucionalización del derecho privado”), sino porque contradice el principio básico de coherencia que debe primar en todo ordenamiento jurídico. Además, como bien señala el Dr. Nicolás Lafferriere, “pretender limitar los alcances del CC al reconocimiento de la persona, con específica remisión a la problemática penal, parece una actitud calculadora especulativa, contraria a la idea de ampliación de derechos que debería imperar en un tema tan sensible”.

cial⁷-, encierra una posición utilitarista de la vida humana, puesto que subordina el reconocimiento de la personalidad de los embriones no implantados al solo hecho de su falta de desarrollo fuera del útero de la mujer. En consecuencia, y de seguirse el razonamiento que parece inspirar a los legisladores, podría afirmarse que si se descubre alguna manera para que los embriones no implantados se desarrollen fuera del útero materno, su personalidad tiene que ser necesariamente reconocida por la ley.

Asimismo, nótese el hecho de que en ambos fundamentos se utiliza la palabra “embriones” para hacer referencia a las personas habidas por técnicas de reproducción humana asistida y que no se han implantado aún en la mujer, siendo esta la denominación que se utiliza para designar, en la especie humana, al producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo. Específicamente se dice: “[...] no existe posibilidad de desarrollo de *embriones* fuera del cuerpo de la mujer” –esta frase aparece tanto en los fundamentos del Anteproyecto como en la del Mensaje 844/12-, y “esta posición en el Código Civil no significa que los *embriones* no implantados no tengan protección alguna [...]” –última parte de los fundamentos de la versión elevada. Esto pone de resalto que los mismos redactores del Proyecto ven en los embriones no implantados vida humana pero niegan su personalidad. Entonces cabe preguntarse si es realmente la falta de desarrollo de los embriones fuera del seno materno lo que motiva el trato diferenciado para el inicio de la vida humana por parte del Artículo 19, o si ello es así porque de otro modo las técnicas de fecundación artificial no serían posibles de realizar.

Para quien escribe estas páginas, he aquí el verdadero fundamento del Artículo 19. Como se verá a continuación, las técnicas de reproducción extracorpórea suponen necesariamente la selección, y consecuente descarte, de embriones. Ahora bien, de reconocerse personalidad a los embriones no implantados, dichas técnicas no podrán llevarse a cabo puesto que se estarían eliminando personas, con las consecuencias jurídicas que esto trae aparejado. Por lo tanto, la verdadera razón del artículo en cuestión es permitir la licitud de las técnicas de reproducción artificial, más allá de todo tipo de cuestionamiento ético y jurídico que pueda hacerse al respecto.

1.c) Consecuencias del Artículo 19

Uno de los ámbitos donde más se hacen sentir las consecuencias del doble régimen impuesto por el Artículo 19 del Proyecto es en el derecho de familia. Sin ánimo de ahondar sobre el tema, intentaremos dar algunos lineamientos al respecto.

⁷ Decimos que la afirmación de que el embrión no tiene aptitud suficiente para desarrollarse fuera del seno materno es una afirmación parcialmente cierta dado que desde el momento en que se produce la fecundación extracorpórea del embrión, este se desarrolla por la aptitud totipotencial propia que posee, llegando a implantarse en el seno materno pasados generalmente 2 a 5 días de desarrollo embrionario. Ver PRADA ERRECART, María Cecilia, “Comienzo de la existencia de las personas físicas”, en *Aequitas Virtual*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, disponible en <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrotres/Comienzodelaexistenciadelapersonafisica.pdf>.

- *La “voluntad procreacional” como fuente de filiación:* Una de las nuevas fuentes de filiación que prevé el Proyecto es la habida de las técnicas de reproducción humana asistida. Para acceder a ella, lo único que se requiere es haber prestado el consentimiento previo, libre e informado en los términos del Artículo 560, no siendo necesario haber aportado los gametos para la realización de dicha técnica.
- *El trato diferenciado de los niños habidos por técnicas de reproducción humana asistida, respecto de los demás:* Mientras que en la filiación por naturaleza, la maternidad y paternidad puede impugnarse (cf. actuales Arts. 258 y sigs. CC y Arts. 588 y sigs. Proyecto) y el hijo tiene acciones para reclamar su filiación (cf. actuales Arts. 251 y sigs. CC y Arts. 582 y sigs. Proyecto), en las técnicas de reproducción asistida, el Proyecto no otorga ninguna de estas acciones siempre que haya mediado el consentimiento previo, informado y libre que requiere el Artículo 560 por parte de quienes se someten a dicha práctica médica, independientemente de que sean o no quienes aportaron los gametos. Las diferencias también pueden apreciarse con respecto a los hijos adoptivos, a quienes el Artículo 596 garantiza su derecho a conocer sus orígenes, mientras que aquellos chicos habidos por fecundación artificial solo podrán hacerlo en situaciones excepcionales conforme el Artículo 564 *in fine*.
- *El alquiler de vientres:* Una de las novedades del Proyecto es la regulación de la llamada “maternidad por sustitución”. Mediante ella, personas que no puedan tener hijos podrán contratar a una mujer para que geste al niño y a su término se lo entregue. La única posibilidad que prevé el Proyecto para que este acuerdo se homologue es que no se utilicen gametos de la gestante (“gestación por sustitución gestacional”), por lo que necesariamente se deberá acudir a la fecundación artificial para su realización.
- *La fecundación pos mortem:* Esta opción es ofrecida por el Artículo 563 de la legislación proyectada y su única forma de realización es mediante las técnicas de fecundación artificial, puesto que como bien señala su nombre, el dador de los gametos tuvo que haber fallecido.
- *Posibilidad de que personas del mismo sexo tengan un hijo “propio”:* La introducción de la figura de la voluntad procreacional habilita a que parejas del mismo sexo tengan un hijo que la ley considerará como “propio” a pesar de que necesariamente hayan tenido que intervenir gametos de un tercero para la procreación de esa criatura.
- *Posibilidad de hijos con un solo vínculo filial acreditado:* Mientras que en la filiación por naturaleza el vínculo biológico entre los progenitores y sus hijos es lo que prima, independientemente de la intención de las partes, en la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida lo único que se tiene en cuenta es la voluntad del adulto que decide tener un hijo, pudiendo presentarse los casos de hijos con un solo padre o una sola madre, sin posibilidades de tener otro progenitor porque la ley les deniega esa posibilidad. Sí, leyó bien, es la ley la que deniega esta posibilidad, no la naturaleza o un impedimento de fuerza mayor.
- *Responsabilidad parental:* El Proyecto sustituye el concepto de patria potestad por el de responsabilidad parental. Si bien la definición que se da a esta

figura coincide con la ya vigente sobre patria potestad, sorprende el hecho de que se disponga que la misma será ejercida sobre los menores de edad mientras no se hayan emancipado, sin referencia alguna a la concepción como se lee en la versión actual del Artículo 264.

- *Manipulación genética:* La introducción de las técnicas de reproducción humana asistida conllevan la posibilidad de manipular genéticamente a los embriones tanto antes de producida la concepción, como posteriormente. Sobre este tema volveremos más tarde.
- *Medidas sobre la mujer embarazada:* Otra de las diferencias que puede observarse entre la legislación proyectada y el actualmente vigente Código Civil, se presenta en cuanto a las medidas que pueden ejercerse sobre la mujer encinta. Mientras hoy en día dichas medidas se encuentran prohibidas, tanto por parte de la propia mujer embarazada como de terceros, el Proyecto prevé la posibilidad de impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer (cf. Art. 592), excluyéndose los casos en que se haya prestado el consentimiento previo, libre e informado en las técnicas de reproducción humana asistida, independientemente de quien aportó los gametos.

Como puede apreciarse, innumerables son las consecuencias que trae aparejado el Artículo 19 al no reconocer la categoría de personas a los embriones no implantados y legalizar las técnicas de reproducción humana asistida. Tal vez, hubiera sido preferible mantener la redacción de nuestro actualmente vigente Código Civil en cuanto al comienzo de la existencia de las personas físicas y regular, luego, en una ley especial, todo el tema referido a las técnicas de fecundación artificial.

1.d) Breve referencia a la ley especial para la regulación de los embriones no implantados

La última parte del Artículo 19 prevé la existencia de una ley especial para la regulación de la situación de los embriones no implantados. Como fundamento de esta última parte, el Mensaje del Poder Ejecutivo esgrimió como ventaja de dicha ley la posibilidad de que pueda ser revisada periódicamente, conforme los descubrimientos y avances científicos en la materia, hecho que no sería factible si se hubiera regulado a los embriones no implantados dentro del Código Civil, por la sistematicidad que encierra este cuerpo de normas⁸.

⁸ Conviene detenernos unos minutos en el análisis del argumento esgrimido sobre este punto por el Poder Ejecutivo. El razonamiento seguido parecería basarse en las siguientes premisas: 1) Los embriones no implantados no son personas pero merecen protección; 2) La ciencia avanza constantemente y por lo tanto podría demostrar que un embrión no implantado merece mayor o menor protección; 3) La regulación en una ley especial cuenta con la ventaja de que puede ser revisada periódicamente. De lo dicho se sigue la siguiente conclusión: regulemos la protección de los embriones no implantados en una ley especial. Ahora bien, el razonamiento seguido es incorrecto. La biología, y en especial la embriología y la genética, han demostrado que la vida humana comienza a partir de la concepción. Por lo tanto, subordinar el reconocimiento de la personalidad o protección que merecen los embriones no implantados al avance de la ciencia resulta impreciso e

Ahora bien, hasta la actualidad, y a pesar de que muchos son los proyectos que sobre técnicas de fecundación artificial se han presentado en el Congreso Nacional, no existe ningún proyecto con estado parlamentario que haga referencia a los embriones no implantados. Consecuentemente, y hasta tanto no se dicte la ley especial a la que alude el Artículo 19, nos enfrentaremos a una situación particular ante la pregunta de qué son los embriones no implantados. Sin lugar a dudas, no podrán ser considerados personas porque el mismo Artículo 19 no los considera como tales. Mas pensar que un embrión no implantado es una cosa podría llevar a grandes dificultades, siendo la primera de ellas la posibilidad de incluirlas dentro del comercio.

Como puede apreciarse, existen grandes dificultades a la hora de tratar de interpretar la última parte del Artículo 19. No dudamos de la loable intención que debió inspirar a los redactores de la reforma, pero no podemos dejar de observar que no solo hubiera sido lo correcto desde un punto de vista antropológico, ético y hasta inclusive legal, el reconocer la vida desde la concepción sin más, sino que también desde un punto de vista práctico puesto que ahora ha quedado indefinido el estatus jurídico de los embriones no implantados.

2. El Artículo 57 del Proyecto

Luego de regular el tema del comienzo de la existencia de la persona y lo referido a su capacidad, el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de la República se adentra en la regulación de los derechos y actos personalísimos. El capítulo III, que se erige como una de las grandes innovaciones del Proyecto al sistematizar en un solo lugar todo lo relativo a los derechos que tienen fuente en la personalidad humana, trae un artículo que resulta interesante destacar. Hacemos referencia al Artículo 57, en el cual se lee:

Artículo 57. *“Prácticas prohibidas.* Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas”.

Nuestro actualmente vigente Código Civil no contempla norma semejante. En cambio, sí lo hizo el Proyecto de Unificación del ‘98, en los siguientes términos:

Artículo 111. *“Prácticas eugenésicas.* Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales en seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transfor-

ilógico, toda vez que los avances científicos ya se han producido en esta materia y cuentan con una aceptación universal en este sentido.

mación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

De lo transcrito, puede observarse que el antecedente inmediato del Artículo 57 proyectado (es decir, el Artículo 111 del Proyecto de 1998) es mucho más minucioso a la hora de regular la cuestión que aquí se debate. De hecho, nótese que el Artículo 111 regula varios supuestos. En primer lugar, hace referencia a las “prácticas eugenésicas”, término que en este contexto alude a todas aquellas prácticas que permitan mejorar los rasgos hereditarios humanos mediante cualquier forma de intervención que implique alguna de las acciones que se enumeran (selección de genes, sexo, rasgos físicos o raciales de las personas). Todas estas prácticas se encuentran prohibidas según el Artículo 111, salvo que sean para evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas, lo cual podría generar reparos pero que se atenúa por la prohibición de afectar la integridad de las personas y seleccionar embriones mediante la implementación de cualquiera de estas prácticas⁹.

Asimismo, se permite la realización de investigaciones que tengan como fin prevenir o tratar enfermedades genéticas, tema que no debería generar mayores preocupaciones puesto que dichas investigaciones no podrían realizarse con embriones humanos por las prohibiciones de la primera parte del Artículo 111, que los excluyen.

Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, analicemos ahora el Artículo 57. En él, se prohíbe todo tipo de práctica tendiente a alterar la constitución genética de la descendencia, es decir que, conforme la legislación proyectada, no se podría modificar de manera directa la carga genética de un ser humano, nacido o por nacer.

Ahora bien, la regla general comentada en el párrafo anterior cedería en caso de que las prácticas sean tendientes a evitar la transmisión o predisposición a enfermedades, excepción que, si bien ya se encontraba contemplada por el Proyecto de 1998, genera aquí grandes inconvenientes toda vez que para el Proyecto 2012 los embriones no implantados no son considerados personas.

En consecuencia, la excepción del Artículo 57, a la luz del Artículo 19, podría habilitar dos supuestos: la selección de los gametos que se utilizarán para la fecundación *in vitro* y la eliminación de embriones concebidos extracorpóreamente cuando ellos no gocen de “buena salud”.

2.a) Selección de gametos

Conforme la Real Academia Española, se entiende por “gameto” la célula masculina o femenina especializada en la reproducción. El gameto masculino es el espermatozoide y el femenino, el óvulo.

⁹ Téngase presente que este Proyecto mantuvo la regla del comienzo de la existencia de las personas físicas desde la concepción, en consonancia con el Código Civil vigente.

La selección de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida se da de manera previa a la concepción de la persona¹⁰ y puede realizarse con distintos fines, bien sea para evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables (la transmisión de una enfermedad genética, por ejemplo), bien sea para favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables, tales como ciertos rasgos físicos o intelectuales óptimos¹¹.

A los fines de detectar cualquier enfermedad genética transmisible que pueda llegar a poseer el nuevo ser es posible recurrir al llamado “Diagnóstico Genético Preconcepcional”¹², el cual se realiza sobre los gametos femeninos previamente a la realización de la fecundación *in vitro*. De esta manera, seleccionando los óvulos, se permite eliminar la posibilidad de que los hijos que nazcan padezcan la enfermedad heredada de la madre. Igualmente, este diagnóstico no asegura que el hijo sea 100% “sano”, puesto que puede heredar enfermedades genéticas a través del espermatozoide paterno¹³.

En cuanto a la selección de gametos para favorecer la transmisión de ciertos caracteres deseables al por nacer, debemos decir que ella es generalmente usada en los casos de fecundación extracorpórea heteróloga¹⁴ y explica por qué en países como

¹⁰ La obtención de gametos masculinos para la realización de estas técnicas no genera muchos inconvenientes. Generalmente, se obtienen mediante masturbación y pueden utilizarse inmediatamente o preservarse durante un tiempo mediante congelación, en los llamados “banco de semen”. La obtención de óvulos es un tanto más compleja. El primer paso a que se somete la mujer es la toma de un medicamento que impide la ovulación normal por una semana aproximadamente. Ello a los efectos de obtener una mejor respuesta de las drogas de fertilidad que se utilizarán con posterioridad en el ciclo. Luego, se le recetará un medicamento inyectable para estimular los ovarios, el cual deberá ser aplicado por un plazo de diez días. Generalmente, durante este período, la mujer es sometida a una serie de test para ver su respuesta al medicamento. El consiguiente paso consiste en la extracción de los óvulos por punción ovárica transvesical bajo visión directa por ecografía. Durante todo este proceso, la mujer puede sufrir serias complicaciones siendo la más grave la hiperestimulación ovárica severa, la cual puede traer aparejada fallas en los riñones, acumulación de fluidos en los pulmones y *shock*, entre otros síntomas.

¹¹ Existen múltiples ejemplos de personas que han recurrido a las técnicas de fecundación artificial para tener un “bebe diseño”. Tal vez, uno de los casos que más ha llamado nuestra atención sea el de una pareja de mujeres sordomudas que acudieron a un tratamiento de fecundación *in vitro* eligiendo para concebir al por nacer a un donante con un árbol genealógico de cinco generaciones de sordomudos. De este modo, la pareja tuvo un hijo, llamado Gauvin, quien presenta una profunda sordera en el oído izquierdo y solamente un rastro de habilidad para detectar sonidos en el oído derecho. Este caso se presentó en Washington, EEUU, en 2005 y ha generado grandes críticas por parte de la opinión pública.

¹² Para profundizar el tema, ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Buenos Aires, Educa, 2011, cap. 12.

¹³ En un artículo recientemente publicado en el diario *The New York Times* con el título “In choosing a sperm donor, a roll of the genetic dice” (“Elegiendo un donante de esperma, jugando a los dados genéticos”), se ponen de resalto los riesgos que supone recurrir a la dación de gametos anónimos, tomando como ejemplo el caso de un matrimonio que recurre a un banco de espermas, decidiéndose finalmente por un donante que gozaba de un certificado de “buena salud”. En el banco donde se encontraban almacenados los gametos se hacían todos los exámenes necesarios para detectar posibles enfermedades genéticas, por lo que la pareja, confiada en este certificado, decide aceptar el tratamiento sin más. La mujer queda embarazada, y luego de nueve meses, tiene al niño, el cual nace con fibrosis quística, enfermedad imputable al dador del semen. Ello motiva una demanda contra el banco por medio de la cual se descubre que el semen había sido donado hace unos veinte años a otro banco y que allí podría haber fallado el análisis realizado a los espermatozoides.

¹⁴ Según la legislación proyectada, la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida es establecida por medio de la voluntad procreacional, independientemente de si la persona aportó o no sus

EEUU se llega a pagar hasta 50.000 dólares por óvulos de las mujeres más inteligentes, jóvenes y bellas de las mejores universidades.

Como bien se señala en el documento “Discriminación genética: concepto, alcances y desafíos”, elaborado por el Centro de Bioética, Persona y Familia, “en todos estos casos, advertimos la utilización de la fecundación in vitro fuera de supuestos de esterilidad o infertilidad, teniendo por sentido no ya dar respuesta a la dificultad para procrear, sino a los gustos y preferencias de los padres. Ello configura un abuso biotecnológico, que somete a un niño a parámetros de deseo de los padres, introduciendo en la transmisión de la vida humana una lógica de la producción que es ajena a la ‘gratuidad’ que encierra la procreación humana”¹⁵.

2.b) Selección de embriones

Toda técnica de reproducción humana asistida supone la selección de embriones. De hecho, sorprende saber que de aproximadamente diez embriones que se obtienen mediante fecundación in vitro, solamente unos tres o cuatro son implantados en el cuerpo de la mujer.

Por lo tanto, la selección de embriones “aptos” –que se lleva a cabo una vez concebidos los embriones in vitro y de manera previa a la implantación de los mismos en la mujer– supone descartar los “no aptos”. Esta discriminación se realiza en función de la información genética del embrión, la cual es posible obtener a través del “Diagnóstico Genético Preimplantacional”.

El descarte de embriones se constituye, de este modo, en un caso de eugenesia –término que fuera acuñado por primera vez en la historia por Francis Galton a fines del siglo XIX, definiéndolo como “la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que las desarrollan de forma óptima”–, la cual será tildada de “positiva” si se hace con miras a seleccionar aquellos embriones que presenten características “deseables” (como podría ser el sexo del hijo por nacer), o “negativa”, si es para evitar aquellos caracteres “no deseables”. Esto último es lo que sucedería con las enfermedades genéticamente transmisibles, a las cuales alude el Artículo 57 del Proyecto 2012.

Igualmente, cabe destacar que, más allá de cuál sea el motivo por el cual los embriones son seleccionados, lo cierto es que esta práctica desconoce el derecho fundamental de todo ser humano a la vida y, en consecuencia, debe ser repudiada y prohibida, no autorizada como sucede a la luz del Artículo 57 del Proyecto.

gametos en la realización de dicha técnica. En consecuencia, las siguientes situaciones son posibles en la fecundación extracorpórea: a) Que se implante a una mujer un embrión concebido con un óvulo suyo y un espermatozoide de su marido o pareja; b) Que se implante en la mujer un embrión concebido con un óvulo ajeno y un espermatozoide de su marido o pareja; c) Que se implante en la mujer un embrión concebido con un óvulo y espermatozoide pertenecientes a terceros, ajenos al matrimonio o pareja. El supuesto contemplado en el inciso a) es conocido con el nombre de “fecundación homóloga”, mientras que los otros dos son casos de “fecundación heteróloga”.

¹⁵ Ver Centro de Bioética, “Persona y familia, discriminación genética, concepto, alcances y desafíos legislativos”, Lafferriere, Jorge Nicolás (dir.), Buenos Aires, marzo 2010, en <http://centrodebioetica.org/2009/07/discriminacion-genetica-concepto-alcances-y-desafios-legislativos>.

3. La responsabilidad médica frente a la transmisión de una enfermedad genética hereditaria

Hemos dicho en la sección anterior que el Artículo 57 del Código Civil habilita la selección de gametos y embriones no implantados que padezcan de alguna enfermedad genética hereditaria. Asimismo, la falta de reconocimiento por parte del Artículo 19 de la personalidad de los embriones no implantados permite su manipulación y/o experimentación. Todo esto podría traer aparejadas grandes consecuencias jurídicas en cuanto a la responsabilidad de los profesionales de la salud frente a los daños a la salud que pudieran ocasionarse a los niños habidos artificialmente.

De plantearse estas situaciones, y siendo que no existen en la actualidad normas específicas sobre esta materia, ni que las mismas son previstas por el Proyecto 2012, habrán de aplicarse los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil para resolverlos. En este sentido, regirá como principio rector la máxima de *alterum non laedere*, que nuestra Constitución recoge en su Artículo 19¹⁶ y manda reparar todo perjuicio causado a un tercero por la culpa o dolo de quien actúa. En consecuencia, tanto los profesionales de la salud, como los equipos médicos y las instituciones especializadas que intervengan en la realización de una técnica de reproducción humana asistida verán comprometida su responsabilidad frente a cualquier daño que su actuación pudiera causar en la salud del concebido.

Dichos daños podrán provenir bien de defectos originarios en la realización de la técnica, bien de defectos sobrevinientes. Así, ejemplos del primer supuesto serían los casos en que haya una defectuosa realización en los análisis y pruebas de control y selección del material genético a utilizar tanto de los futuros padres como de los dadores por la cual se hubiera omitido detectar enfermedades genéticamente transmisibles. Por su parte, como supuestos de defectos sobrevinientes podemos citar los casos en que el procedimiento de obtención y/o conservación de los gametos fue inadecuado (v. gr. temperatura en la crioconservación) o cuando hubiera mediado un error en la implementación de la técnica, o en la manipulación o experimentación a que se hubieran sometido los gametos o el embrión (v. gr. centrifugado de espermatozoides para seleccionar el sexo del por nacer)¹⁷.

También deberán responder los profesionales de salud intervinientes en caso de error en el diagnóstico genético preimplantacional o preconcepcional, cuando no se hubiera detectado una enfermedad en el embrión que impida su tratamiento terapéutico, siendo este posible¹⁸, o cuando a raíz de dicho diagnóstico fallido se hubiera implantado un embrión “enfermo” en la mujer como si fuere “sano”.

¹⁶ El Artículo 19 de la Constitución Nacional reza: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, *ni perjudiquen a un tercero*, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. La referencia al perjuicio a terceros en la primera parte de esta norma es la que acoge el principio de Ulpiano.

¹⁷ Ver MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, “Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida”, publicado en http://ajunaf.com.ar/aportes_y_reflexiones_nacionales_derecho_sub3_archivo_0006.pdf.

¹⁸ Al respecto, cabe decir que los errores en los diagnósticos pueden ser de dos tipos: falsos positivos o falsos negativos. En el primer caso, se diagnostica una enfermedad inexistente; en el segundo, no se diagnostica la enfermedad existente.

3.a) *El perjuicio de nacer: wrongful life y wrongful birth actions*

En el derecho comparado, específicamente en el derecho anglosajón, el alemán y el francés, se ha planteado una fuerte discusión en torno al reconocimiento de responsabilidad civil por parte de aquellos profesionales de la salud y centros de asistencia que por un diagnóstico o tratamiento médico negligente causen un perjuicio a los niños habidos tanto de manera natural como artificialmente. Esta situación es la que se conoce como “perjuicio por nacer” y engloba diferentes casos.

En primer lugar, nos encontramos frente a aquellos supuestos de nacimientos no deseados, donde los progenitores demandan al médico por su negligencia ante la esterilización o interrupción del embarazo. Ante este supuesto, los tribunales tienden a rechazar la reparación por el solo perjuicio del nacimiento e indemnizan a la madre cuando este hecho le hubiera causado un perjuicio específico¹⁹.

Un segundo grupo se establece entre aquellos padres que reclaman daños por el “nacimiento de un hijo discapacitado” cuando la intervención del médico permite o provoca el nacimiento con dicha afectación. Dentro de este contexto se desarrollan las acciones de “wrongful birth” y de “wrongful life”²⁰.

En las acciones de “wrongful birth” los legitimados activos son los padres, quienes demandan al profesional interviniente por la negligencia a la hora de brindar información acerca de los riesgos de engendrar un hijo o de, habiéndolo ya concebido, las enfermedades que este presenta, impidiéndoles de esta manera optar por abortarlo.

En cambio, en las segundas, “el hijo nacido con malformaciones o con una seria afectación de su salud y/o calidad de vida, reclama al médico no haber detectado e informado a sus progenitores sobre el riesgo y/o causación de enfermedades, acerca de las taras o enfermedades que lo afectaban una vez concebido, no pudiendo entonces éstos decidir libremente por procrear o interrumpir el embarazo”²¹. Estas acciones son las que más reticencia han generado en la doctrina comparada al momento de su aceptación puesto que muchos consideran que aquí el niño estaría en definitiva demandando reparación por el solo hecho de existir.

Más allá de todo tipo de consideraciones éticas y filosóficas que merezcan estas acciones –las cuales exceden el marco del presente trabajo–, surge el interrogante de saber si es factible su introducción a nuestro derecho.

Cabe destacar que, hasta el presente, no se han planteado ante nuestros tribunales ninguna de las acciones a las que hacemos referencia, toda vez que exigen como presupuesto la legalización del aborto, al menos con fines terapéuticos, el cual, como es sabido, se encuentra prohibido por nuestras leyes.

A lo expuesto, se añade el hecho de que la única forma que se reconoce como válida por nuestro derecho para tener un niño es mediante la concepción natural. En consecuencia, no podrá imputarse responsabilidad civil al médico que por error omitió

¹⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, *Revista de Derecho*, Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, dic. 2003, Vol. XV, págs. 106-107.

²⁰ Ver también LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, ob. cit., cap. 15.

²¹ Ver nota 16.

informar acerca de la enfermedad o malformación genética que padecía el concebido porque en nuestras leyes los padres nunca hubieran podido optar por no tener al menor. Tal vez lo único que puedan reclamar los progenitores sea daño moral por el dolor sufrido por la frustración de certeza, mas nunca el daño por el hecho del nacimiento²².

Ahora bien, de aprobarse el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, al permitirse la legalización de las técnicas de fecundación artificial, tal vez las cosas no sean tan nítidas como en la actualidad, pudiendo llegar a introducirse estas acciones al menos de forma “parcial”. Supongamos el caso de una mujer que presenta una enfermedad genética y que recurre a un Centro de Fertilización Asistida para concebir a un niño varón por fecundación in vitro porque de ser mujer dicha enfermedad se presentaría. Así las cosas, concibe a su hijo in vitro, se lo implantan, y luego de nueve meses nace una niña con malformaciones genéticas. ¿Qué impide que esa niña demande al Centro si sus padecimientos tienen raíz en una falla del diagnóstico genético preimplantacional o en un error a la hora de la manipulación genética que debió sufrir ella siendo embrión y antes de ser implantada en el útero de su madre?, ¿qué impide que la mujer entable igual demanda? Acaso, ¿no estaría ejerciéndose en el primer caso una acción de “wrongful life” y en el segundo una de “wrongful birth”?

En otras palabras, a pesar de que para nuestro ordenamiento penal siga penándose el aborto terapéutico, la introducción de las técnicas de reproducción humana asistida a nuestra legislación conllevaría la posibilidad de que se pueda reclamar a los profesionales de salud intervinientes en la práctica de fecundación extracorpórea aquellos daños ocasionados a la salud del por nacer cuando su actuar negligente hubiera impedido a la mujer optar por la no implantación del embrión en ella.

4. Conclusión

Si bien, con el presente trabajo, intentamos poner de resalto algunas de las consecuencias jurídicas que podría traer aparejada en nuestro derecho la legalización de las técnicas de fecundación artificial en los términos en que se encuentra legislada en el Proyecto 2012, muchas más son posible de enumerar.

²² “El Anuario de Derecho Civil Uruguayo nos informa sobre el resultado de un caso presentado ante los tribunales de dicho país, en el cual ambos progenitores reclamaron contra un galeno e institución sanatorial, el resarcimiento del daño moral causado con motivo de un error de diagnóstico prenatal. El examen genético fue practicado a la gestante, por indicación de su ginecólogo, siendo cubierto por la institución médica a la cual ésta se hallaba afiliada. Efectivizado el mismo, erróneamente se informó que el ser concebido era una niña, la cual no presentaba anomalías cromosómicas; siendo que a su nacimiento se comprobó que el mismo era varón y padecía de una anomalía estructural cromosómica –más específicamente, translocación–. La mujer funda su acción contra el establecimiento en el incumplimiento de obligaciones contractuales asumidas, en tanto el padre reclama al médico genetista, alegando la violación del deber genérico de no dañar [...] En los tres fallos, se entendió que el daño moral por el dolor que ocasiona a los padres la anormalidad de un hijo no podía ser imputado a los demandados. Al ser concebido su hijo, ésta ya portaba la enfermedad y el embarazo no podía ser interrumpido en el marco de la legislación uruguaya. Entonces, acceden los sentenciantes al resarcimiento del daño moral por el dolor sufrido por la brusca frustración de la certeza que durante casi cuatro meses tuvieron los demandantes de tener una hija sana, ante la realidad del nacimiento de un varón con síndrome de down”. Cit. ver nota 16.

Así las cosas, el grave defecto que a mi entender presenta esta reforma se sustenta en el hecho de que se intenta hacer del derecho un constructo social cuando este no es el fin al cual debe tender todo ordenamiento positivo. El desconocimiento de la personalidad de los embriones no implantados, la manipulación genética a la cual es dable someterlos, la falta de respeto al derecho a la identidad de los niños habidos por fecundación artificial, la voluntad procreacional como fuente de filiación, entre otras cosas, son claros ejemplos del apartamiento en que los legisladores del Proyecto han incurrido respecto de la realidad biológica que debe reinar en esta materia. El día en que los juristas comprendan que existe una verdad objetiva, a la cual estamos llamados a respetar y reconocer legalmente, nuestras leyes serán reputadas como derecho; ínterin, solo meras leyes, las cuales son posibles de construir conforme determinados intereses.