

La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil(*)⁽¹⁾(2), Por Arias de Ronchietto, Catalina Elsa y Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 248-1024

En este breve comentario abordaremos la cuestión del comienzo de la existencia de la persona y el estatuto del embrión humano en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Senado de la Nación el 8-6-12 (Mensaje 884).

1

La reforma proyectada y la pacífica interpretación de las normas vigentes

1.1. El proyectado art. 19

Respecto del comienzo de la existencia de la persona humana, el art. 19 del proyecto dice: "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".

El artículo proyectado reproduce parcialmente las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield que hablan de "la concepción en el seno materno" (arts. 63 y 70), aunque con una sustancial modificación que parece responder a las situaciones impuestas por las biotecnologías procreativas, que suscita concretos y –consideramos– trascendentes interrogantes(3).

En efecto, con la práctica de tales biotecnologías, que posibilitan la fecundación humana extracorpórea, surgió la ineludible cuestión de establecer el estatuto jurídico del embrión humano concebido extracorpóreamente. Este hecho, la fecundación in vitro, impuesto al derecho por la biotecnociencia, es paralelo a otro: la crioconservación de aquellos embriones concebidos in vitro en el mismo acto y expresivamente calificados de "supernumerarios" o "sobrantes". Una aplicación literal de los arts. 63 y 70 citados parecería conducir a la conclusión de que esos embriones no serían personas por nacer y, por lo tanto, no gozarían de la protección jurídica correspondiente.

1.2. La interpretación doctrinaria sobre los arts. 63 y 70 del cód. civil

Sin embargo, la mayoría de la doctrina civilista en nuestro país coincide en interpretar los arts. 63 y 70 del cód. civil vigente en el sentido de que "en nuestro derecho positivo se es persona desde el momento de la concepción sin que incida sobre ello que esta se haya producido en el seno materno o fuera de él"(4). Varios argumentos se utilizan para ello:

* Una apelación al momento histórico en que fue redactado el Código Civil, de tal modo que difícilmente el Codificador podía imaginar la posibilidad de concebir seres humanos fuera del cuerpo materno.

* Una interpretación armónica y sistemática del Código Civil, integrando otras normas, como el art. 264, que habla de la patria potestad y que señala que la misma comienza desde la concepción, sin especificar lugar.

* Una interpretación de carácter ontológico, a partir de la definición de persona física brindada por el art. 51 que entiende que el embrión fuera del seno materno posee "signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes".

* Una interpretación constitucional, que toma en cuenta las disposiciones de los Tratados Internacionales más importantes en la materia, que establecen que todos los seres humanos tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad (Declaración Universal de Derechos Humanos); que persona es todo ser humano y lo es desde la concepción (arts. 1º y 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos) y que "se entiende por niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años" (Declaración Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, según la ley 23.849).

* Una interpretación que integra otras normas jurídicas, como las leyes sobre asignaciones familiares (art. 9º, 24.714) o la ley de prestaciones para personas con discapacidad (art. 14, 24.901), o el expreso y específico reconocimiento de las constituciones provinciales argentinas. También lo corroboran otras normas de diverso rango.

* Una interpretación jurisprudencial que en diversos fallos ha reconocido el estatuto de persona al embrión concebido extracorpóreamente.

Y, por cierto, la evidencia de que el "lugar" de la fecundación no es más que un accidente, una circunstancia, que no hace al fondo de la cuestión. Con estos y otros antecedentes(5), también del derecho comparado, se podría decir que se esperaba una reforma que simplificase la cuestión, estableciendo que la existencia de la persona comienza desde la concepción, sin indicar lugar, o bien especificando que ya sea que esta ocurra dentro o fuera del seno materno(6).

La norma proyectada que comentamos, no obstante, se aparta de esta tendencia mayoritaria de la doctrina civilista e introduce una redacción que establece dos momentos para el comienzo de la existencia de la persona según haya sido el origen de la vida humana: si el embrión se ha formado por técnicas de reproducción humana asistida, se toma como momento inicial la "implantación", mientras que si se trata de una procreación por la unión de varón y mujer, se toma como punto de partida la concepción.

1.3. Los fundamentos del proyecto 2012

En la primera versión de los fundamentos del Anteproyecto se afirmaba: "La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno". En la versión final, se modificaron los fundamentos, de tal modo que la redacción elevada al Senado de la Nación sostiene: "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 principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en 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".

Nos preguntamos si produciría un cambio cualitativo en el estatus jurídico del reconocido derecho a la vida del embrión humano desde la concepción el hecho de que tal posibilidad de desarrollo fuera del seno materno existiese, o si es razonable que el estatuto óntico-antropológico y ético-jurídico del embrión humano quede supeditado –¿subordinado?– al "avance" de las biotécnicas procreativas.

Una suma de causas explica la violencia que la fecundación supernumeraria ejerce sobre el concebido –indefenso e inocente– y sobre la dignidad de la procreación humana: el altísimo costo tecnomédico y farmacéutico de cada tratamiento; el muy alto índice de "fracasos", es decir, de muerte de los embriones y pérdida del embarazo; la deficiente información a los progenitores-pacientes, entre otras. Se ha impuesto al derecho la existencia de miles de embriones "crioconservados", para ser transferidos o no, según sean las circunstancias. Allí están ante un destino más que incierto: muchos morirán al ser congelados, descongelados o activados, o al no poder implantarse luego de ser transferidos a una mujer que no es su madre genética(7).

Los autores del proyecto han hecho en este punto una opción arbitraria, casi sin antecedentes en legislación comparada, en doctrina y en los ámbitos parlamentarios de cultura afín. En efecto, las discusiones suelen plantearse en términos de si la vida humana comienza con la concepción o con el nacimiento. Así, el Código Civil argentino brinda amplias garantías humanistas en la extensión del reconocimiento de la personalidad del embrión y se inscribe en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano, donde se había acuñado el adagio: *nasciturus pro iam nato habetur*. Incluso, en muchos códigos modernos, aunque se establece que la persona comienza en el nacimiento, se aclara que al concebido se lo equipara al nacido en todo lo que lo beneficie; o se prevén disposiciones especiales de resguardo del concebido: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú, Paraguay, Venezuela. Por otra parte, si bien esta protección del embrión es una

característica peculiar de América latina, también en otros países encontramos esta equiparación.

Por otra parte, la mención del Proyecto de 1998 lleva a confusión, pues justamente el Proyecto en comentario no ha seguido uno de los puntos centrales del de 1998 en torno a la persona, cual era la clara definición que afirmaba el inicio de la vida en la concepción(8). Además, no puede aceptarse que el hecho de que el embrión no tenga posibilidad de desarrollo pleno fuera del seno materno sea suficiente para arrebatarse el resguardo de su condición humana. Por otra parte, el escueto fundamento del proyecto que comentamos no es verdadero, pues el embrión logra desarrollo por sí solo fuera del seno materno, como lo atestiguan audaces y parciales experimentos realizados in vitro. Por otro lado, un recién nacido abandonado de todo auxilio por sus progenitores (y por el derecho, sus pares y la sociedad) tampoco podría sobrevivir y, como es obvio, no podría dudarse de su condición humana ni de su plena personalidad.

La mención de una ley de "protección" de los embriones no implantados es insuficiente, pues debería reconocerse plenamente la personalidad de esos embriones sin distinción alguna. En ningún lugar se prohíbe su destrucción, ni su concepción con fines comerciales o biotecnológicos. Por otra parte, si tenemos en cuenta los proyectos de ley existentes actualmente en el Congreso de la Nación sobre fecundación artificial, constatamos que ninguno de ellos contiene protecciones especiales para los embriones no implantados(9).

En síntesis, subrayamos que en el primer párrafo el Proyecto que comentamos reafirma el reconocimiento de la personalidad humana desde la concepción, en línea con la tradición jurídica que antes mencionamos, pero "a renglón corrido" introduce una irrazonable distinción entre los concebidos humanos, que no encuentra justificación y genera rechazo y perplejidad por la arbitrariedad en sí misma y por la desprotección a la que arroja a los embriones humanos –hijos, hermanos y pacientes– no transferidos(10). El concebido es otro que exige reconocimiento jurídico en el ámbito de la alteridad(11). Por lo tanto, afirmamos que el concebido nunca es una cosa, ni material genético disponible, ni mero instrumento.

2

La naturaleza jurídica de los embriones concebidos por técnicas de fecundación

artificial en el Proyecto

El artículo citado, contradiciendo su propia primera parte, postula que el embrión concebido por técnicas de fecundación artificial recién sería "persona humana" desde su implantación (transferencia). Ello parece querer lograr una "solución" ante el hecho consumado de la existencia de dichos embriones en la vida o en los laboratorios. Pues bien, para analizar el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto consideraremos la relación del tema con la distinción entre técnicas intra y extracorpóreas, la cuestión de la naturaleza jurídica de esos embriones en relación con las normas sobre filiación y la correspondencia entre la norma proyectada y las normas sobre el cuerpo humano.

i) El Proyecto no especifica a qué tipo de técnicas se refiere. En general, en los debates doctrinarios sobre el comienzo de la existencia de la persona, el problema se plantea en relación con el embrión concebido extracorpóreamente, pues se escapa de la literalidad de los arts. 63 y 70 que hablan del "seno materno". Sin embargo, una atenta lectura del art. 19 del proyecto que comentamos permite advertir que cuando habla de "técnicas de reproducción humana asistida", no distingue entre intra y extracorpóreas, de modo que parecería que la calificación de persona desde el momento de la implantación se aplica tanto a las técnicas intracorpóreas como a las extracorpóreas. Parecería que ello se debe al evidente afán de incluir el tratamiento legal de las técnicas procreativas humanas en el cuerpo de la reforma del Código Civil, lo cual implica eludir el arduo pero indispensable debate especializado e interdisciplinario, en ley especial(12).

Ese afán explica que el Proyecto tampoco defina cuáles son las técnicas de reproducción humana asistida que pretende incluir: si sólo se refiere a técnicas donde se suplantán a las personas (llamadas artificiales) o también se refiere a la aplicación de ciertos medicamentos para estimular la fertilidad aun cuando la concepción se produzca luego de una unión sexual. Las proyecciones son serias, pues es como si se abriera una "ventana" de tiempo en la que el embrión humano, luego de la fecundación y antes de la transferencia, está desconocido en la dignidad de persona humana y en sus derechos, enunciados como reconocidos en la parte pétrea de nuestra Constitución Nacional.

ii) El embrión, el concebido, ¿es simple "material genético"? El segundo punto que queremos considerar es cuál es, en el Proyecto, la naturaleza jurídica del embrión concebido por técnicas de fecundación artificial antes de su implantación (transferencia).

Si nos guiáramos por la antigua distinción entre personas y cosas, parecería que no es "persona", pues todavía no ha sido implantado. Por tanto, quedaría analizar si se trata de una "cosa". Para poder encontrar pautas interpretativas dentro del mismo proyecto, analizamos las normas sobre filiación, particularmente, el régimen especial para quienes son concebidos por técnicas de fecundación artificial en el que se habla de los gametos, el embrión y el material genético(13).

Veamos.

El embrión y la gestación por sustitución. En el art. 562, referido a la "gestación por sustitución" (maternidad subrogada o alquiler de vientres)(14), se utiliza la expresión "transferencia embrionaria", guardando cierta relación –aunque una diferencia terminológica fundamental– con el art. 19 comentado. Allí se fijan distintos requisitos para esa figura, entre los que se encuentran: "a) que se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; (...) e) la gestante no ha aportado sus gametos". El artículo finalizaba con la siguiente frase: "Los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la autorización judicial". En una versión posterior, se expresa: "Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial". Aquí hay una explícita distinción entre "gametos" y el embrión, que denomina al ser humano ya concebido. Además, aparece la expresión "niño", que es muy correcta en función de la misma Convención. Con la nueva redacción, sorprende una cierta desarmonía entre "implantación" y "transferencia" y es claro que la expresión "transferencia" se refiere al embrión. No tenemos indicios del estatuto jurídico de los embriones en este artículo.

En relación con el consentimiento para las técnicas. En el proyectado art. 560 se sostiene: "Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella"(15).

Parte de este artículo no figuraba en la primera versión del Anteproyecto que circuló inicialmente en septiembre. Se incorporó en una versión posterior, luego del resonado fallo que resolvió hacer lugar al pedido de una señora divorciada de su marido que solicitó la transferencia de los cinco hijos crioconservados en estado embrionario que tenían, que ya eran hijos de ambos, a pesar de la arbitraria oposición del ahora ex esposo (porque –significativamente– no hay ex progenitores).

El artículo tuvo un cambio en relación con la versión que circuló en 2011, donde se utilizaba la genérica expresión "implantación del material genético", que parecía referirse a los embriones, aunque también podía referirse al material genético entendido como "gametos" (si pensamos en técnicas como el GIFT que consiste en la transferencia intratubaria de los gametos para que la fecundación ocurra intracorpóreamente, aunque no era el caso del expediente mencionado).

En la redacción del proyecto finalmente elevada al Congreso, se habla claramente de la

implantación "del embrión" en la mujer y no aparece la cuestión del material genético. Por tanto, subsiste la duda de qué estatuto jurídico tienen los embriones, debidamente distinguidos de los gametos.

Por otra parte, mientras que en el art. 562 se habla de la "transferencia embrionaria", en el 560 se habla de la "implantación del embrión", un hecho que puede ocurrir luego de la transferencia.

En relación con la inseminación post mórtem. En el art. 563 se afirma: "Filiación post mórtem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

En la versión de septiembre de 2011 se hablaba de implantación del material genético, lo que aumentaba la confusión entre los términos –realidades– "gametos" y "embriones". En la versión posterior del proyecto que consideramos ahora se distingue entre gametos y embriones, pero también se distingue entre la "concepción" en la mujer y la "implantación del embrión". Pues bien, lo llamativo es que el artículo se refiere sólo a las técnicas de reproducción humana asistida, como lo precisa el acápite. Por tanto, no comprendemos por qué en este caso se introduce la distinción. En efecto, según el art. 19, comienza la existencia de la persona desde la concepción en la mujer en el caso de la unión sexual de varón y mujer y desde la implantación en el caso de las técnicas de fecundación artificial. Pero el art. 563 confunde y nos dice que aun en los casos de técnicas de fecundación artificial hay que distinguir entre la concepción en la mujer y la implantación del embrión.

Por otra parte, vuelve a hablar de "transferir" embriones, cuando el art. 19 (y el mismo art. 563) utilizaba la expresión "implantación", aunque en el final insiste con la expresión "implantación del embrión".

Filiación y separación de hecho. En el art. 567 del Proyecto, una primera versión utilizaba también la expresión "material genético", que luego se reemplazó por "gametos": "Situación especial en la separación de hecho. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana

asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial". Tampoco aquí aparece el embrión.

Filiación en caso de utilización de gametos de terceros. En el art. 575 del mismo texto, nuevamente, una primera versión utilizaba la expresión "material genético" pero la versión final que comentamos habla de "gametos", cuando se afirma: "Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena".

En el art. 577 ocurre lo mismo: "Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste". Una expresión similar encontramos, también, en los arts. 582, 589 y 592 del texto en comentario.

Pruebas genéticas. El único artículo del anteproyecto donde se incluyó la expresión "material genético" fue el art. 580, que dispone: "Prueba genética post mórtem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso". En este caso, no cabe duda de que esa expresión se refiere a los estudios sobre muestras genéticas de los progenitores y no se refiere a los "embriones".

De la lectura de los artículos mencionados se advierte entonces que:

* en una versión preliminar, se utilizó la expresión "material genético" de manera confusa y para designar a los gametos, aunque también podía interpretarse como designando a los embriones;

* luego se cambió esa expresión y en el proyecto enviado al Congreso se distingue entre los "gametos" y los "embriones";

* de este modo, en las normas sobre filiación tampoco encontramos pistas para determinar cuál es el estatuto jurídico de los embriones, aunque queda claro que se aplica a ellos las normas sobre "filiación" desde que hay consentimiento (cf. arts. 560, 569, 570 y 575).

Eso nos conduce a nuestro próximo punto de reflexión, que es el referido a la protección jurídica del cuerpo humano incorporada en el Proyecto en su proyección respecto del tema que estamos considerando.

iii) El embrión y el cuerpo humano en el Proyecto. El Proyecto introduce tres artículos en el título preliminar que tienen implicaciones en el tema que estamos considerando. Veamos.

"Artículo 15. Titularidad. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

"Artículo 16. Bienes y cosas. Los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

"Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales".

El art. 17 –que no posee una buena redacción– representa una novedad en el derecho argentino. No había una norma de este tipo en el proyecto de 1998, ni la hay en el Código Civil vigente. Parece ordenarse a abordar las nuevas problemáticas que suscitan las biotecnologías respecto del cuerpo. En un interesante artículo, Miguel de Lorenzo afirma: "En la codificación racionalista (de la que es parte nuestro Código Civil) la abstracción del sujeto llevó a concebir al hombre

esencialmente como una voluntad, sin cuerpo, que sólo aparece en la legislación de modo tangible en tiempos recientes. Nuestro Código Civil, por caso, sólo menciona al cuerpo humano de modo incidental en las notas a los arts. 70, 936, 2312 y 2351. El resto es tan solo la metafísica de la "voluntad" (16).

Sin entrar a fondo en el tema del artículo referido al cuerpo, que es sumamente interesante y guarda muy estrecha vinculación antropológica con la materia que aquí abordamos (17), podemos advertir que en los Fundamentos del Proyecto se afirma:

a) Que el cuerpo es "soporte de la noción de persona". En efecto, la primera afirmación de los fundamentos en este punto es: "Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones".

b) El problema de la naturaleza jurídica del cuerpo y sus partes. En los fundamentos se reconoce que "el problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente". Para resolver, se afirma que existen dos opciones: recurrir a los derechos de la personalidad o bien considerar al cuerpo o sus partes como objeto de derechos patrimoniales. Aclara que "la abstención no es una respuesta válida, porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable con sus graves consecuencias".

c) El cuerpo y los derechos de la personalidad. En cuanto a la primera postura, se sostienen los fundamentos del proyecto: "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 las mismas 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. Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (arts. 16.1, 16.5 incorporados por ley 94-653 del 29-7-94) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial".

d) El cuerpo como objeto de derechos patrimoniales. La segunda visión a la que aluden los fundamentos del proyecto como posible respuesta a la problemática jurídica planteada es "la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como "cosas", que tienen un precio y

pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites. Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento".

e) Las partes del cuerpo y su valor para la salud y existencia del hombre. En los fundamentos del proyecto se afirma: "Tampoco podemos dejar de advertir el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre. No son bienes en el sentido jurídico del art. 2312 del cód. civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena. El tema surgió palmariamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), pues con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o ciertas partes del mismo son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos. En estos supuestos, el valor que se les dé, puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa. Entendemos que puede admitirse 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 y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad. En cuanto a los caracteres hay demasiada variedad que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos".

Tal como se desprende de los Fundamentos, la reforma que aquí comentamos parecería ir en línea con el Código Civil francés, según las reformas de 1994, 2004 y 2008, que en el título I (De los derechos civiles) del libro I (De las personas) introduce un capítulo especial que se denomina "Del respeto al cuerpo humano", compuesto por diversos artículos. En el art. 16, afirma: "La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado contra su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida". En el art. 16.1, dispone: "Cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial". En 2008, se agregó un inciso (16.1.1) sobre la protección del cuerpo luego de la muerte. El art. 16.2 habla de las medidas que puede tomar el juez para hacer cesar atentados contra el cuerpo; el art. 16.3 se refiere a la integridad del cuerpo ante actos médicos y el consentimiento; el 16.4 se refiere a las prácticas eugenésicas; el 16.5 a la nulidad de las convenciones que confieren valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos y sus productos; el 16.6 a la experimentación sobre la persona; el 16.7 declara nula toda convención sobre la procreación o la gestación para otro; el art. 16.8 establece el anonimato en las daciones de elementos o productos del cuerpo, y el art. 16.9 considera a las disposiciones de este

capítulo como de orden público.

Si bien el Proyecto del Código Civil se aparta del texto francés, reconoce un lugar especial al cuerpo humano y su dignidad, expresada –lo cual es importante pero no suficiente– en que no tiene valor económico.

Ahora bien, esta visibilización del "cuerpo humano" en el Proyecto 2012, más allá de las diferencias filosóficas que podamos tener con la redacción propuesta y con cierta cosificación del cuerpo humano que parece subyacer⁽¹⁸⁾, significa que el momento en que se "forma" el cuerpo no es indiferente para la interpretación sistemática del Código. Y no pueden caber dudas de que el "cuerpo" se forma con la unión de los gametos y la formación del embrión unicelular.

Así, plantear dos momentos para el comienzo de la existencia de la persona y, por tanto, de la existencia del "cuerpo", colisiona con la visión antropológica que subyace en el artículo que refiere al cuerpo humano y su dignidad.

Mientras que los gametos serían claramente "productos" del cuerpo humano y así quedó distinguido en el articulado referido a filiación, los embriones no lo son, pues ya configuran una nueva entidad, reiteramos por importante y comprobada verdad, distinta del padre y de la madre. Por otra parte, si lo que está en juego es el "cuerpo humano", este se forma a partir de la unión de los gametos masculino y femenino, que están en su origen como "material biológico" pero que en el momento de su fusión se convierten en un nuevo y distinto ente. Es allí donde surge el "cuerpo", la materia individual que configura la persona.

La expresión "cuerpo humano" y la idea de titularidad sobre el propio cuerpo que señala el artículo está denotando algo especial que no puede quedar a merced de otros y que tiene una continuidad "material" que reconoce un primer momento. Ese primer momento no puede encontrarse, entonces, en la "implantación" (o "transferencia"), pues no ocurrió ningún cambio sustantivo en el "cuerpo" del embrión que es "implantado", quien es tan distinto de su madre y su padre que incluso pudo ser concebido extracorpóreamente.

Sostenemos que nuevamente se cae en incoherencia en el Proyecto al introducir una norma sobre el cuerpo humano y el reconocimiento de que no tiene valor económico, para luego, en nuestra cuestión central, postular la norma que desconoce que un ser humano es persona y condicionar la personalidad al hecho de la implantación. En definitiva, el lugar donde se encuentra el cuerpo

parece determinar su carácter de persona humana o no. Ello resulta inconsistente y arbitrario, para la llamativamente apresurada incorporación de las biotécnicas en un texto jurídico fundamental como lo es el Código Civil.

3

La inconstitucionalidad del Proyecto

Luego de este somero análisis del Proyecto, entendemos que hay que advertir y señalar su inconstitucionalidad en lo que respecta a la definición del momento en que comienza la existencia de la persona. Fundamos esta afirmación en dos importantes aspectos: i) el apartamiento de la definición de inicio de la vida que tiene rango constitucional y ii) la arbitraria violación del principio de igualdad ante la ley.

i) Apartamiento de la definición constitucional del inicio de la vida. Una de las características centrales del Proyecto que estamos comentando es la intención de armonizar la legislación civil con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que desde 1994 cuentan con jerarquía constitucional. Ello, por cierto, es particularmente importante en las áreas de capacidad de las personas menores de edad y de las personas con enfermedad mental y en otros temas del derecho civil. Ello se debe hacer resguardando siempre la delgada pero firme línea divisoria entre el derecho privado y el derecho público que, claro está, son uno, por ser ambos derecho, pero son distintos; en juego de esa distinción están la igualdad ante la ley, la libertad, la propiedad, en suma, el reconocimiento recíprocamente reforzado de la dignidad de la persona humana y sus derechos y deberes fundamentales.

Pues bien, tal armonización nos permite concluir que en el Proyecto, ante todo, se debe respetar la definición de niño que ha adoptado la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se declaró: "Para la República Argentina se entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad"". Al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, por la ley 23.849, nuestro país formuló tres declaraciones interpretativas y una reserva, entre las que se encontraba la declaración relativa al concepto jurídico de niño. De este modo, cuando en 1994 se otorgó jerarquía constitucional a este Tratado Internacional, se lo hizo "en las condiciones de su vigencia". La declaración formulada por nuestro país adquirió dicha

jerarquía, de modo que podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la Constitución Nacional reconoce al niño como persona desde su concepción.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) reconoce la plena "personalidad" del ser humano desde la concepción. En su art. 1º establece que "persona es todo ser humano", para luego reconocer en el art. 4º que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Del entronque de estas disposiciones puede igualmente concluirse que comienza la existencia de la persona desde su concepción. Adviértase que no está aquí en juego la discusión en torno a los alcances del art. 4º y su expresión "en general", que refiere al derecho a la vida y su protección, sino la interpretación de la noción misma de persona humana, que claramente se tiene que resolver a partir del art. 1º, entendido armónica y sistemáticamente con los restantes artículos.

Como sostiene Ursula Basset, "el Estado argentino, en sus tres poderes, está obligado a garantizar la vida del niño no nacido; y cualquier acto político, judicial o legislativo en contrario a esta "máxima garantía" de supervivencia y desarrollo será inconstitucional y constituirá un acto de gravedad institucional, lesivo de nuestra carta constitutiva (además de las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento de deberes constitucionalmente impuestos por parte de funcionarios públicos)"(19).

Incluso, Ricardo Lorenzetti ha afirmado: "La ley 23.849 que ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, señala que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción (art. 2º), lo que implica una reforma del texto del Código Civil, admitiéndose la vida desde la sola concepción, intra o extrauterina. El Pacto de San José de Costa Rica establece que para los efectos de esa Convención "persona es todo ser humano" y que toda persona tiene derecho a que se respete su vida "a partir del momento de la concepción" (arts. 1º, apart. 2º, y 4º)"(20).

Por tanto, coincidimos con Tobías cuando afirma: "No creo, por lo dicho, que el criterio del art. 19 [del proyecto de Código Civil 2012] sea de aquellos que expresan "un alto grado de consenso existente en la comunidad" (se dice en los Fundamentos que la mayoría de los artículos revisten esa característica); ni que resulte de "valores regulados en el bloque de constitucionalidad"; ni que se respalde "en decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país" (se expresa en los Fundamentos la adopción de esas pautas para los supuestos controvertidos)"(21).

En consecuencia, cuando el Proyecto se aparta de la concepción como momento inicial de la vida e introduce un doble régimen incorporando la "implantación"(22) como definitiva del comienzo de

la calidad de persona en algunos casos, introduce un concepto ajeno al sistema constitucional argentino.

ii) Violación del principio de igualdad ante la ley. La inconstitucionalidad también se fundamenta en la violación del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, reconocido por el art. 16 de la Constitución Nacional y por varios textos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En efecto, el Proyecto formula una distinción que calificamos de arbitraria, con base en el modo de la concepción y en el lugar donde se encuentre el concebido. Un embrión concebido por la unión de los padres será considerado "persona humana" desde el primer momento de la fecundación, mientras que otro embrión, concebido extracorpóreamente, será considerado persona recién cuando se implante. ¿Es antes, entonces, una cosa? Mutatis mutandi, recordemos el art. 15 de la Constitución Nacional: "En la Nación Argentina no hay esclavos...".

En la línea argumental del proyecto podemos encontrar a una de sus autoras, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien sostiene: "No discuto que conforme la reserva hecha por la República Argentina a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, para el ordenamiento argentino, la vida potencial empieza desde la concepción; pero la cuestión a debatir es qué sucede con esa vida potencial cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya"(23).

Igualmente, otro autor justifica un tratamiento diferenciado del embrión in vitro: "Es difícil compartir la idea de que un embrión in vitro posea el mismo status ético que un embrión implantado. Existiría un grado de intensidad ética que convendría diferenciar. Dicho de otro modo, la importancia relativa entre un embrión in vitro y otro implantado no puede ser equiparable sin más. Es impensable asignarle la misma significación ética aunque participen biológicamente de características similares. Sin embargo hay diferencias notables que no se agotan en su ubicación espacial (dentro o fuera del seno materno) tratarlo como si no hubiera diferencias, es un error que hace proyectar múltiples incongruencias"(24).

No compartimos estas afirmaciones. El ser humano merece una protección total justamente por el solo hecho de ser tal, con independencia de las valoraciones (¿intensidades?) éticas que podamos hacer sobre su persona. Introducir un concepto como el de "intensidad ética" no sólo es ajeno a nuestra Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, también supone supeditar el reconocimiento del más importante de los derechos a una decisión de "intensidad" arbitraria.

Estamos, pues, ante una discriminación arbitraria de cierto tipo de personas humanas, por el solo hecho de haber sido concebidos de una manera distinta de la que resulta de la unión sexual de

varón y mujer. Creemos que no hay argumento racionalmente admisible para realizar esta distinción entre concepción e "implantación".

De estas reflexiones, junto con muchas otras que exceden este comentario, que incluyen jurisprudencia, legislación y doctrina, se deduce que existe un sentido unívoco en el que la Constitución Nacional se expresa al momento de reconocer cuándo comienza la existencia de la persona: el momento de la concepción. En ningún lugar se habla de la "implantación" o se hacen distinciones según la persona haya sido concebida o no por técnicas de fecundación artificial.

4

Las consecuencias de la norma proyectada

La deliberada exclusión de los embriones concebidos por técnicas de fecundación artificial no transferidos tiene muy graves connotaciones éticas y consecuencias de aplicación práctica. Así, podría significar una desprotección de los embriones de cara a las técnicas de fecundación extracorpóreas, frente al diagnóstico preimplantatorio y en las técnicas de descarte para lograr el hermano "bebé-medicamento", frente al abandono de los padres de los embriones crioconservados, y frente al creciente comercio internacional de embriones para la investigación sobre los mismos.

i) Desprotección del embrión en las técnicas de fecundación extracorpóreas. La consecuencia más inmediata que tendría el proyecto sería la pretensión de algunos centros de fecundación humana artificial y biotecnocientíficos de disponer de los embriones concebidos extracorpóreamente como si fueran simple material genético, ignorando su dignidad personal y sus derechos fundamentales como persona.

Como hemos sostenido otras veces, creemos que las técnicas de fecundación artificial introducen una lógica productiva en la transmisión de la vida, que queda sometida a parámetros técnicos y de control contrarios a la dignidad de la persona por nacer y la originalidad de la transmisión de la vida humana. Junto con esta objeción de fondo, la principal problemática de derechos humanos que presentan las técnicas extracorpóreas es su carácter abortivo –muerte causada de embriones–, ya sea por las altas tasas de fracaso que no han superado(25), como por la eliminación directa –eugenésica– de los embriones no elegidos para su transferencia e implante.

Establecer que comienza la existencia de la persona en la implantación es un artilugio que deja desprotegidos a los embriones concebidos extracorpóreamente, supernumerarios, a veces crioconservados, ante la muy cierta probabilidad de que sean eliminados.

ii) Desprotección del embrión, del niño, frente al diagnóstico preimplantario y al llamado "bebé-medicamento". La violación del derecho a la vida que involucran todas las técnicas extracorpóreas se agrava por el creciente uso del llamado diagnóstico genético preimplantatorio, que selecciona cuáles embriones se transfieren y cuáles se eliminan en función de ciertas características genéticas deseadas o no deseadas(26). Una modalidad de este diagnóstico preimplantatorio es el que se orienta a la selección de un niño para que sea dador de órganos o tejidos para un hermano enfermo (conocido como "bebé-medicamento"). Con base en el Proyecto, que desconoce al embrión antes de su transferencia el estatuto de persona, algunos podrían pretender implementar prácticas que violentan el derecho a la vida, la igualdad, la integridad, en suma, la dignidad de toda persona humana.

iii) Abandono de los embriones crioconservados, hijos, hermanos y pacientes. La arbitraria exclusión de los embriones crioconservados o congelados de la categoría de personas humanas acarrea nuevos problemas en torno a su situación. Cabe preguntarse, por ejemplo, ¿en virtud de qué autoridad los progenitores tomarán decisiones sobre la vida, la salud y el destino de sus hijos crioconservados? ¿Qué sucede en caso de divorcio, de fallecimiento de uno de ellos o de cualquier otro problema o conflicto que se produzca, incluso la falta de pago de la criopreservación?(27).

Vale señalar que el Código Civil vigente, en el art. 264, ya desde la redacción originaria de Vélez Sarsfield, expresamente reconoce el inicio de la patria potestad desde la concepción. Ahora la reforma no tiene una norma similar y, por tanto, los embriones quedan en un "limbo jurídico", pues no son cosas y es casi imposible la transferencia de todos por la enorme cantidad de ellos que la tecnociencia ha endilgado a la humanidad. En esta confusión y ambigüedad, los biotecnocientíficos que realizan las técnicas pretenderían beneficiarse y utilizar a miles de personas humanas como materia operable para investigaciones que ofenden la dignidad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, los artículos de filiación y el artículo sobre el cuerpo humano reconocen una distinción clara entre gametos (parte del cuerpo) y embriones (un ente distinto del padre y la madre), de modo que mientras que para los gametos hay claras disposiciones, cuestionables por cierto, sobre los embriones no hay ninguna norma de referencia. Ellos quedan en una suerte de "limbo jurídico", pues no son cosas, no son bienes, no son personas para el comentado art. 19, no son partes del cuerpo. En realidad, son seres humanos concebidos y, como hemos dicho, son "niños" para la Convención de los Derechos del Niño, son personas para los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y son sujetos de derecho para muchas leyes que hablan del inicio de la vida desde la concepción.

El Proyecto no brinda solución para los embriones crioconservados. No hay normas sobre adopción prenatal ni sobre cómo tomar decisiones en estos casos.

iv) Investigaciones sobre embriones y "commodificación" de la vida humana. El problema anterior nos conduce a una cuestión de actualidad: la existencia de una presión biotecnológica que busca utilizar embriones como materia de experimentación. El tema tiene gran actualidad en la región, si consideramos que Brasil, en su Ley de Bioseguridad 11.105 del 24 de marzo de 2005, establece:

"Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

"I – sejam embriões inviáveis; ou

"II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

"§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

"§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

"§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9434, de 4 de fevereiro de 1997".

Esta referencia al derecho brasileño no es casual, pues la Argentina está realizando tareas de investigación con el vecino país en torno a células madre estaminales.

En 2011 hubo una convocatoria de fondos públicos para células madre embrionarias y adultas bajo el programa "Programa Binacional de Terapia Celular" (PROBITEC) que congregaba a investigadores de la Argentina y Brasil(28). La convocatoria oficial no precisaba si se trataba de células madre humanas, en cuyo caso la inclusión de las células madre embrionarias significaría una evidente violación de derechos humanos fundamentales. En noviembre de 2009, durante el Simposio Internacional sobre Investigación en Células Estaminales realizado en Buenos Aires, Ruth Ladenheim informó que un consorcio de instituciones de investigación, centros médicos y compañías biotecnológicas otorgó un subsidio de 2.500.000 dólares para investigación en células estaminales por un período de cuatro años(29).

El interés por los embriones crioconservados argentinos no proviene sólo de Brasil, sino de otras potencias, como los Estados Unidos o Alemania. Este tema es de enorme actualidad y, de alguna manera, el Proyecto del Código Civil contradice la más actual jurisprudencia europea que, con fundamento en la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, sostuvo firmemente que se debe considerar embrión a toda célula desde el primer momento de su desarrollo.

Es interesante citar aquí algunos párrafos del fallo del Tribunal Superior de Justicia de Europa en la causa "Brüstle v. Greenpeace" en el que reconoce al embrión la dignidad humana y los derechos fundamentales(30). El fallo se ocupa de interpretar la directiva 98/44/CE y señala que, aunque esta "tiene por objeto fomentar las inversiones en el ámbito de la biotecnología", la misma exposición de motivos permite concluir que "la explotación de la materia biológica de origen humano debe inscribirse en el marco del respeto de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana" (consid. 32). El Tribunal entiende que hay que dar al concepto de "embrión humano" un "sentido amplio" (consid. 34)(31).

Más adelante, respondiendo a la cuestión de si se podía considerar que la patente era admisible dado que en la formulación de la reivindicación no se mencionaba el hecho de eliminar embriones, dice al respecto el Tribunal: "No incluir en el ámbito de exclusión de la patentabilidad enunciada en el art. 6º, apart. 2º, letra c), de la Directiva una información técnica reivindicada, basándose en que no menciona una utilización de embriones humanos, que implica la previa destrucción de los mismos, tendría por consecuencia privar de efecto útil a la referida disposición permitiendo al solicitante de una patente eludir su aplicación mediante una redacción hábil de la reivindicación".

De alguna manera, existe una analogía entre esta última situación y el Proyecto de Código Civil de referencia, desde el momento en que justamente lo que este hace es recurrir a un "hábil" recurso lingüístico de deslizar "palabras" para eludir la defensa del embrión –el niño– concebido extracorpóreamente.

Pero, tal como hemos visto, el propuesto art. 17 dispone: "Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales". Y en los fundamentos se aclara que se adopta esta postura, pues "esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento".

La indefinición del proyecto sobre el estatuto jurídico del embrión humano concebido extracorpóreamente conduce a una manifiesta contradicción con el artículo antes citado, pues quedaría desprotegido el ser humano en su primerísima etapa de desarrollo y, por tanto, a merced de decisiones de tipo patrimonial.

5

Conclusiones

Los desarrollos precedentes se ordenan a demostrar que el Proyecto:

a) Se aparta de la doctrina civilista mayoritaria en lo referente al comienzo de la existencia de la persona.

b) Se aparta de las disposiciones constitucionales sobre la concepción como el momento en que comienza la existencia de la persona e introduce una grave discriminación en función de la distinción sobre el origen de cada embrión humano.

c) Al incorporar una norma sobre el "cuerpo" humano, está presuponiendo un momento en que comienza la existencia del cuerpo humano y ello no podría ocurrir sino en el momento mismo de la concepción, sin distinciones.

d) Se limita a hablar del embrión desde su implantación y omite toda regulación de las complejas consecuencias que ello acarrea. Es una desregulación completa, que convierte a los embriones humanos en meros commodities, sometidos a las reglas del mercado.

Si se aprobara el Proyecto de Código Civil, la Argentina sufriría un gravísimo retroceso en su legislación en torno a la protección de la vida humana.

Sostenemos, entonces, que tan arbitraria reforma sería inconstitucional. Además, como todos sabemos, hay numerosas pruebas científicas, hoy irrefutables, que permiten sostener el comienzo de la existencia de la persona en la concepción. Hemos procurado, con profunda convicción, denunciar el error y la gravedad de la reforma proyectada, la que asestaría sobre los niños concebidos extracorpóreamente un masivo destino de cosificación y muerte, junto al correlativo desprestigio del derecho argentino, que volvería la espalda a sus seculares principios ético-jurídicos, que han animado lo mejor de nuestra tradición jurídica, que es tal.

voces: bioética - persona - jurisprudencia - derecho comparado - actos y hechos jurídicos - contratos - tratados y convenios - constitución nacional - ministerio público - familia - patria potestad - derechos humanos - divorcio - orden público

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Inconstitucionalidad del proyecto de fecundación artificial por violentar la identidad de los niños, por Jorge Nicolás Lafferrière y Leonardo Pucheta, ED, 245-115; La maternidad determinada por acuerdo de partes, por Mercedes Ales Uría, ED, 245-1054; Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del óvulo. Rechazo de patentamiento biotecnológico, por Eduardo Martín Quintana, ED, 245-566; 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, por Analía G.

Pastore, ED, 245-50; Derechos en pugna: el derecho a la vida de los embriones crioconservados y la voluntad parental, por Leonardo L. Pucheta, ED, 245-82; Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, Ursula C. Basset y Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 245-72; ¿Cuándo y cómo comienza la vida humana?, por Diana Radakoff de Doldan, EDCrim, 245-1219; ¿Qué es la fecundación artificial?, por Virginia Perera, EDCrim, 245-1223; El embrión humano, ¿es un ser humano?, por Siro de Martini, EDCrim, 245-1130; ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, por Silvia Marrama, EDCrim, 245-1251; ¿La ley debería imputar la condición de progenitor del niño al científico o a la pareja que le encargó a éste su generación artificial? (La responsabilidad civil de los científicos en la generación artificial de seres humanos), por Pedro J. María Chiesa, EDCrim, 245-1277; La patria potestad y la decisión de transferencia de embriones crioconservados en caso de separación de los padres, por Jorge Nicolás Lafferrière, EDFA, 24-26; El interés superior del niño "congelado", por Alejandro C. Molina, ED, 246-681; ¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?, por Gabriel Mazzinghi, ED, diario nº 13.022, del 22-6-12; Análisis del proyecto de ley con media sanción sobre técnicas de fecundación artificial, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, diario nº 13.033, del 10-7-12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) La doctora Catalina Elsa Arias de Ronchietto es Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Miembro del Instituto de Derecho Civil-Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro Extraordinario del iadecyp-conicet Mendoza. Directora-Fundadora del Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda", FCJS; Investigadora DICYT y V. Profesora Titular Ordinaria de Derecho de Familia, Profesora Asociada de Bioética, FCS, Universidad de Mendoza. Miembro Activo de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Directora de Tesis de Doctorado y de Maestría.

(2) El doctor Jorge Nicolás Lafferrière Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de Derecho Civil (UCA - UBA). Director de Investigación Jurídica Aplicada (Facultad de Derecho - UCA). Ex Secretario Académico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Autor de Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente, Buenos Aires, Educa, 2011.

(3) Arias de Ronchietto, Catalina E., Procreación humana asistida, en AA.VV., La persona humana, Guillermo A. Borda (dir.), La Ley, 2001; Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?, en AA.VV., El derecho frente a la procreación artificial, prólogo de Jorge A. Mazzinghi, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997; Lafferrière, Jorge N., Implicancias jurídicas del diagnóstico prenatal, Buenos Aires, Educa, 2010; Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida, audiencia H. Senado de la Nación ante Comisiones de Salud y Deporte, Legislación General, Buenos Aires, 15-8-06, publicada en ED, 219-858.

(4) Rivera, Julio C., Instituciones de derecho civil. Parte general, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, t. I, pág. 380, quien refiere a la mayoría doctrinaria que se pronunció en el mismo sentido durante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en 2003 en la Ciudad de Rosario. Ver también Tobías, José W., Persona, en Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2009, págs. 1-22.

(5) Por ejemplo, Perrino, Jorge O., La persona humana, cap. I, en Derecho de familia, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, prólogo de José M. Castán Vázquez. Obra laureada con el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2007. Firme apreciación crítica de la perspectiva de género y de la posmodernidad como expresión actual del inmanentismo, págs. 1-18.

(6) La posibilidad de concepción por técnicas de fecundación artificial suscita serias objeciones ético-jurídicas. Entre muchos estudios dedicados a la cuestión, ver Sambrizzi, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires,

Abeledo-Perrot, 2001; Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. VII, págs. 45-69; Sobre el comienzo de la existencia de la persona en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio, Buenos Aires, El Derecho, 2012; Lafferrière, Jorge N., Técnicas de procreación humana..., cit.

(7) Arias de Ronchietto, Catalina E., capítulo "Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial", en AA.VV., La persona humana, cit., págs. 15-61. La ilustre jurista es autora, a su vez, en la obra, del capítulo "Principio de la existencia de la persona humana", Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 1-13, así como en el Tratado de derecho civil, en todas sus ediciones, ahora actualizado por Guillermo J. Borda, 13ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, Parte General, t. I, cap. VI.

(8) Como bien precisa Tobías, tampoco se siguen los proyectos de reforma anteriores, que siempre han propuesto mantener el sistema vigente (Tobías, José W., La persona humana en el Proyecto, La Ley, 25-6-12, pág. 1).

(9) Berti García, María M. - Berti García, Bernardita - Nasazzi Ruano, Fernando, Embriones no implantados, proyecto de Código Civil y proyectos de fecundación artificial, Centro de Bioética, Persona y Familia, Buenos Aires, 14-5-12, <http://centrodebioetica.org/2012/05/embriones-no-implantados-proyecto-de-codigo-civil-y-proyectos-de-fecundacion-artificial/> (último acceso: 4-7-12).

(10) El proyecto habla de "implantación". Por nuestra parte, preferimos hablar de "transferencia", entendiendo que es un término más adecuado por cuanto la implantación es en gran medida fruto y evidencia del exclusivo y único ADN del concebido, diverso respecto de los del padre y de la madre, respectivamente. Importante reflexionar esta precisión.

(11) En este punto, destacamos la tesis doctoral de Herrera, Daniel, La persona y el fundamento de los derechos humanos, Buenos Aires, Educa, 2012.

(12) La cuestión de la aplicación –o no– de las técnicas de fecundación asistida en la persona humana excede las atribuciones de los autores del Proyecto porque compromete toda la cultura nacional. El derecho que reconocemos es una ciencia práctica y, como tal, está subordinado a la ética. Los profesionales médicos bien lo saben, de allí que sostenemos que las técnicas de fecundación artificial constituyen un acto tecnocientífico pero no un acto propiamente médico. Al respecto, con convicción y consenso calificado sobre la exposición, ver Arias de Ronchietto, Catalina E., La injusticia de la crioconservación ¿médica? de embriones, conferencia en el Seminario "Ética y justicia en la asignación de recursos", Consejo Académico de Ética en Medicina, Buenos Aires, 6-7-09; Lafferrière, Jorge N., Técnicas de procreación humana..., cit.

(13) Destacamos algo que es inexplicable que se pretenda que pase desapercibido: en el proyecto se restablece la arbitraria diferencia entre las clases de hijos según su origen, con distinta regulación según sean concebidos por naturaleza o por técnicas de fecundación asistida. Sostenemos, además, que las técnicas no son fuente de filiación propiamente dicha. Sólo lo son la naturaleza y la filiación por adopción. Solicitamos que esto sea revisado.

(14) No es el tema de este comentario, pero dejamos asentada nuestra opinión contraria a la gestación por sustitución. El proyecto desconoce la dignidad o bien superior del niño, la de la relación sexual humana, la del varón y qué decir de la dignidad de las mujeres implicadas. Además, evidencia aquí nuevamente la visión reduccionista del concebido, del gestado y del recién parido y se desconoce el inefable y ya comprobado vínculo –entrañable– del cuerpo y la psiquis de la madre con el hijo en gestación.

(15) Dejamos a un lado en este comentario las complejas variantes que genera la denominada "homoparentalidad", que exceden este comentario y agravan la cuestión en análisis con la violación del derecho a la identidad e integridad del niño, a tener un padre y una madre.

(16) De Lorenzo, Miguel F., El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano, LL, 2010-B-807.

(17) Verstraete, Miguel, El cuerpo como identidad de ser, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, año 3, nº 1, enero-febrero 2011, págs. 193-199. Conferencia de apertura del XV Simposio sobre Derecho de Familia, presentación del Tratado de Derecho de Familia de Eduardo A. Sambrizzi, La Ley, 2010; organizado por el Instituto de Derecho

Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda", FCJS, FCS, Universidad de Mendoza, 12 y 13 de agosto de 2010. Desarrolla Verstraete: "El cuerpo es palabra y ésta su somática figura. Soy cuerpo, por ende logos encarnado. De allí que el cuerpo no es un medio ni un instrumento para (...) ni lo que se posee, ni de lo que se dispone. En tanto se hace uso de él, se lo desomatiza cosificándolo y cosificándose en cuanto enajenación de sí", pág. 198.

(18) Por nuestra parte, en el informe elevado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina a la Comisión de Reformas creada por decreto 191/11, propusimos una norma sobre el tema del cuerpo del siguiente tenor: "[Principio de primacía de la persona humana. Respeto al cuerpo]. Se garantiza la primacía de la persona humana, se prohíbe todo atentado contra su dignidad y se garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de su vida. Cada persona física tiene derecho al respeto de su propio cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial. El respeto del cuerpo humano y la integridad física conllevan la prohibición de las intervenciones ordenadas al cambio de sexo".

(19) Basset, Ursula C., Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ED, nº 12.043, 7-7-08, pág. 12.

(20) Lorenzetti, Ricardo, Las normas fundamentales de derecho privado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 401-402. Estas afirmaciones sobre la personalidad del concebido no suponen una defensa absoluta, por parte de este autor, del derecho a la vida, al sostenerse que "comparando el peso de cada bien jurídico y de los principios en juego, el legislador o el juez pueden decidir resolver un caso de colisión de derechos, dando prioridad a la vida íntima, pero ponderando su peso con otras cuestiones; es lo que sucede con el aborto" (cit., págs. 402-403). Discrepamos con estas afirmaciones que relativizan el valor absoluto del derecho a la vida.

(21) Tobías, José W., La persona humana..., cit.

(22) En realidad, como hemos dicho, lo preciso es hablar de transferencia. El tecnocientífico especializado (insistimos en que no se trata de un acto médico propiamente dicho) transfiere, no puede implantar el embrión. El implante es un proceso complejo que es también una de las evidencias del ADN distinto, único del embrión, respecto del de su madre y de su padre.

(23) Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho, 2007, pág. 1.

(24) Vergara, Leandro, La finalidad en los contratos de fertilización asistida, LL del 26-10-11, pág. 1.

(25) Las tasas de fracaso deberían ser una advertencia de la desproporción y abuso que significan las técnicas, que, al mismo tiempo, benefician intereses económicos muy poderosos.

(26) Ver Andorno, Roberto, La selección embrionaria en la fecundación in vitro: el desafío de la nueva eugenesia, Revista de Familia y de las Personas, año 2, nº 11, Buenos Aires, diciembre 2010.

(27) Recordamos que en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) se concluyó que la crioconservación integrase los alimentos en caso de separación o divorcio.

(28) García, Laura, Argentina financiará investigación con células madre, 18-3-11, <http://www.scidev.net/en/news/argentina-launches-fund-for-stem-cell-research.html> (último acceso 26-1-12).

(29) Podhajcer, Osvaldo - Miriuka, Santiago, Stem Cell Research in South America Coming of Age, Cell Stem Cell 6, 209-213, March 5, 2010.

(30) Gran Sala del Tribunal de Justicia, "Brüstle, Olivier v. Greenpeace eV", Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania, 18 de octubre de 2011, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0034&lang1=es&lang2=EN&type=NOT&ancre=> (último acceso: 18-2-12).

(31) Para profundizar el tema, ver nuestro comentario: Lafferrière, Jorge N., Tribunal de Justicia de Europa define embrión humano y lo protege frente a patentes biotecnológicas vinculadas con células madre, LL, 2012-A-292.