

PONENCIA

Libro I

- Reemplazar el artículo 19 del proyecto por el siguiente: “La existencia de la persona comienza con la concepción”.

- Reemplazar el artículo 57 por el proyecto por el siguiente: “Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”.

Libro II

- Reemplazar el artículo 562 del proyecto por el siguiente: “Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”.

- Reemplazar el artículo 563 por el siguiente: “Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”.

Libro V

- Reemplazar el artículo 2279 por el siguiente: "Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte, incluyendo a las concebidas en ese momento que nazcan con vida; b) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".¹

¹ Centro de Bioética. Persona y familia. Director Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, www.centrodebioetica.org.

Fundamentos

A) Cuestiones de bioética en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial 2012.

La Bioética entendida como aquella rama del saber del hombre que estudia sistemáticamente el actuar humano ético, en el campo de las ciencias de la vida, involucra distintas y variadas disciplinas, entre las cuales el Derecho ocupa un lugar de relevancia ya que para elaborar sus postulados y fundamentos recurre a las conceptualizaciones y razones por estas brindadas.

En este sentido, no es posible pensar una reflexión autosuficiente y autónoma, de carácter únicamente jurídica, en aquellos temas relacionados principalmente a la vida humana, sin recurrir al auxilio e instrucción de las doctrinas que convergen en este punto, en el discurso bioético.

La estrecha vinculación existente entre Bioética y Derecho, resulta innegable y ha originado el nacimiento de una novedosa disciplina jurídica que resulta complementaria a las ya existentes, llamada "*Bioderecho*" y que se puede definir como aquel conjunto de normas destinado a regular conductas basándose en las prescripciones de la Bioética, con arraigo en la concepción personalista por la cual el Derecho se gesta y construye en la relación con la persona humana como tal.

Esta concepción incluye dentro de su análisis problemáticas como el inicio de la existencia de la persona humana; las técnicas procreáticas, la naturaleza jurídica del embrión humano sobre todo la del concebido fuera de su medio físico natural, la maternidad subrogada, entre otros, con especial preocupación en las consecuencias que éstas pueden producir en la sociedad y poniendo el acento en que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta eficaz y abarcativa de la cuestión asegurando de este modo una pacífica convivencia.

Se advierte que si pretendemos analizar seriamente esta temática es indispensable, como lo señalara el Dr. Atilio A. Alterini en el discurso inaugural del “IX Congreso Internacional de Derecho de Daños – Derecho Tecnológico” (celebrado en la ciudad de Buenos Aires el 11 de Octubre de 2007), *“enaltecer al ser humano mediante criterios que sirvan a los principios de justicia y de bien común, y contando a tal fin con el empeño de juristas, pero también de filósofos, de sociólogos, de moralistas, de economistas sin economicismos, de profesionales de la salud, de técnicos en general, de políticos, de comunicadores sociales y de todos quienes estén fuertemente comprometidos con la condición humana y con su eje en la dignidad, porque dignus es lo valioso”*².

B) Comienzo de la existencia de la persona y protección de la vida humana naciente.

El artículo 19 del Proyecto dispone: *“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”*, creando de esta manera un doble régimen para considerar el inicio de la personalidad, desconociendo la realidad científica por la que se considera que la vida humana comienza con la fecundación³ (o su análogo jurídico, concepción), generando una visible colisión con normas constitucionales⁴ e

² <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/old/nota.php?ided=120&idsec=17¬a=2277>.

³ Academia Nacional de Medicina, Plenario Académico, 30/09/10.

⁴ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), Artículo 4. Derecho a la Vida 1. 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño: “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción” (artículo 2).

ignorando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia⁵.

Asimismo, no otorga protección alguna a los embriones concebidos artificialmente por medio de la procreación *in vitro* ni a los que se encuentran en estado de criopreservación, es decir, los que no han tenido la “suerte” de ser implantados en el vientre materno.

Independientemente de si la unión del gameto femenino con el masculino se realiza en su ámbito natural o fuera de éste, un nuevo ser ha comenzado a gestarse, y frente a este hecho concreto, el Derecho tiene por tarea reconocerlo y atribuirle la correspondiente personalidad jurídica.

Consecuentemente, en lo que refiere a la sucesión y transmisión hereditaria (artículo 2279, Proyecto), ésta debe incluir a todas las personas físicas, sin ningún tipo de distinciones (concepción natural o extracorpórea) o jurídicas existentes al momento del fallecimiento del causante.

C) Contrato de alquiler de alquiler de vientre o “gestación por sustitución”.

Este “negocio jurídico” (incluido en el artículo 562, Proyecto) se caracteriza por la solicitud que una pareja hace a una mujer para que preste su útero con la finalidad de gestar un bebé que les será entregado después del nacimiento. Conceptualmente, es posible pensar en cuatro diferentes variedades de maternidad subrogada:

⁵ “**Sánchez, Elvira Berta c/M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)**” 22-05-2007 (T. 330, P. 2304): “El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni).”

“**Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados**” 07-11-2006 (T. 329, P. 4918): “El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.

- la que utiliza un espermatozoide y un óvulo procedentes de la pareja que contrata la FIV;

- la que requiere la donación de un espermatozoide o un óvulo perteneciente a un tercero, con autorización del miembro de la pareja que ha de ser sustituido;

- la que requiere de un óvulo y espermatozoide y óvulo de donante, con el consentimiento de la pareja;

- la que utiliza el espermatozoide y óvulo de donantes, con la conformidad de la pareja y la característica de que el óvulo procede de la madre de alquiler.

Más allá de estas posibilidades, generalmente, adquiere dos modalidades:

- Alquiler o subrogación de vientre: La gestación se desarrolla en el vientre de otra mujer, al que por medio de fecundación in vitro se han transferido los gametos ya fusionados por quienes solicitan el tratamiento. En este caso la madre gestacional no se encuentra biológicamente ligada con el niño.

- Aportación de vientre y óvulo: En este caso no sólo la gestación se produce en el seno de una mujer ajena, sino que también esta aporta un óvulo propio que es fecundado con semen del varón de la pareja. Aquí la madre subrogada está genéticamente relacionada con el niño, coincidiendo la madre biológica con la gestante.

Sin lugar a dudas, estos supuestos tienen innumerables e innegables implicancias éticas y jurídicas. Principalmente las consecuencias que esta especie de “contrato” acarrea se hacen notar en materia de filiación en lo que respecta, sobre todo, a la determinación de la maternidad.

A su vez, el contrato por lo general, contiene cláusulas estrictas para la mujer gestante, cuyas disposiciones son de obligatorio cumplimiento; entre las que se encuentran: práctica rutinaria de exámenes médicos y

psicológicos, abstinencia de relaciones sexuales, no consumo de estupefacientes o alcohol, viajes al exterior sin dar aviso, y por último la entrega del niño al momento de nacimiento (objeto central del contrato) y la renuncia a la patria potestad.

Estamos en presencia de un método que no hace sino caer en la explotación de la mujer convirtiéndola en una “esclava” destinada a la gestación de niños. El caso de India, que circula por la opinión pública, basta de ejemplo.

Por su parte, el niño así engendrado, sufre una evidente lesión en derechos humanos esenciales tales como la dignidad e identidad.

D) Fecundación *post mortem*.

El proyecto de nuevo Código Civil establece lo siguiente:

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem 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 artículo 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.

Disposición ésta, que necesita ser entendida en consonancia con el artículo 2279, antes mencionado y proyectado de la manera que a continuación se transcribe:

"ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;*
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;*
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563;*
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".*

La fecundación post mortem es aquella llevada a cabo con semen del marido o miembro de la pareja premuerto, quien puede haber consentido o no, tales prácticas para después de su muerte.

Aquí aparecen dos supuestos que plantean interpretaciones encontradas en cuanto a su aplicación. Por un lado, se encontrarían los niños que tendrían una madre y un padre fallecido, del que no serían hijos por no haber prestado éste su consentimiento para que se lleve adelante el procedimiento. Por otro, habría niños que tendrían ambos vínculos filiatorios ya que su padre consintió la práctica pero falleció antes de su nacimiento.

Frente a estos casos, el derecho a la identidad es vulnerado y el principio de “interés superior del niño” omitido, pese a su consagración constitucional⁶ y legal⁷.

E) Prácticas Prohibidas.

⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3, 1).

⁷ Ley 26.061 “De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: Artículo 1, Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”.

Es llamativo que el mismo proyecto en su artículo 57 establezca: “*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*”, quedando en abierta contradicción con las disposiciones contempladas respecto de las técnicas de procreación artificial y la “gestación por sustitución”; actos que en la redacción actual del Código Civil, por imperio del artículo 953, serían nulos de nulidad absoluta por tener objeto ilícito e inmoral.

Analizando este precepto normativo, observamos que como regla general no se encuentran permitidas las prácticas tendientes a modificar en forma directa la carga genética de un ser humano en gestación, nacido o en término a nacer, y como excepción a la misma, se contempla la posibilidad de recurrir a éstas en caso de padecer o tender a sufrir enfermedades genéticas.

Una interpretación amplia de la última, propiciada indirectamente por el proyecto, nos interroga sobre cuáles son puntualmente los supuestos comprendidos en ella, ya que calla en cuestiones de vital importancia tales como la situación de los embriones concebidos intra o extracorpóreamente, la selección de gametos siguiente a un procedimiento de fecundación *in vitro* y su consecuente posibilidad de eliminación por no “gozar de buena salud” y, fundamentalmente, que acciones de responsabilidad podrán entablarse frente a la transmisión de una enfermedad genética hereditaria.

F) Colofón.

En toda sociedad, es justo que haya un Derecho, es justo que ese Derecho atienda las singularidades que involucra en su medida del resarcimiento, y es justo, además, que ese Derecho se cumpla para dar adecuada realización al valor seguridad jurídica.

Corresponde a la doctrina jurídica analizar críticamente la necesidad de incluir en la legislación las consideraciones que la disciplina Bioética a través de sus múltiples manifestaciones ha tratado de hacer llegar a la ciudadanía para crear conciencia en aquellos temas que afectan irremediablemente la vida y la dignidad humana.

Es por esto que proponemos las modificaciones enunciadas al comienzo de este trabajo, esperando, tal vez de manera ambiciosa, sean oídas y tenidas en cuenta.

En fin, al decir de Carlos Cárcova,⁸ *"nos cabe a los hombres de Derecho una singular responsabilidad, pues algunas de las respuestas que seamos capaces de imaginar hoy, prefigurarán el mundo por venir, en el que habitarán las nuevas generaciones. He aquí el sentido de nuestra tarea."*

Elisabet Agustina Vidal

DNI 31.457.333

Abogada

Mail: elisabetvidal@hotmail.com.ar

⁸ Abogado y Doctor por la Universidad de Buenos Aires.