

Comisión 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

LAS PERSONAS QUE PADECEN DISCAPACIDADES Y SU NUEVO RÉGIMEN PROTECTORIO Y NO DISCRIMINATORIO, ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Silvia Marrama*

Resumen:

La Ponencia demuestra la inconstitucionalidad y la incoherencia del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 respecto del Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994, art. 2).

1. El Código Civil y Comercial y la constitucionalización del derecho privado

Uno de los puntos más destacados, positivos e innovadores del Código Civil y Comercial Argentino -Ley N° 26.994- es la constitucionalización del derecho privado, ya que *“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado...”*¹.

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

Esta constitucionalización del derecho privado, que permite *“que el derecho civil genere puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados en que la Argentina sea parte”*³, conlleva a que *“hoy cualquier cuestión jurídica se convierte en una cuestión constitucional”*⁴.

* Silvia Estela Marrama, Profesora Adjunta a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado, por concurso, Universidad Autónoma de Entre Ríos. Profesora adjunta de la cátedra de Derecho de Familia de la Universidad Católica de Santa Fe. Profesora adscripta de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, sede Paraná. Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. **e mail marramasilvia@gmail.com**

¹ Punto I de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, Comisión Decreto Presidencial N° 191/2011.

² Punto IV, Capítulo 3, de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, Comisión Decreto Presidencial N° 191/2011.

³ HERRERA, Daniel A., *Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código*, en LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (Compilador). *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Edit. El Derecho. Pág. 20. Buenos Aires, 2012.

⁴ HERRERA, Daniel A., *ibidem*, Pág. 44.

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

Por ello sostiene Rivera⁶ que “la incidencia del derecho supranacional en el derecho interno es obvia. Por un lado la reforma constitucional de 1994 ha zanjado toda duda sobre la jerarquía de los tratados con relación a las leyes; y en particular la adhesión a un sistema supranacional de derechos humanos tiene una directa influencia sobre la validez de las leyes y decisiones judiciales que quedan sometidas no solo al control de constitucionalidad sino también al de convencionalidad”, tal como lo ha decretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”⁷, fallo en el que el Alto Tribunal sostuvo que los órganos del Poder Judicial deben ejercer entre las normas internas y los Tratados con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22 CN no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*.

2. Los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial

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

Esta constitucionalización del derecho privado, plasmada en el nuevo Código, lo convierte necesariamente en un Código centrado en la persona, en la igualdad -basado en el paradigma o principio no discriminatorio-, en los derechos individuales y colectivos para una sociedad multicultural, bajo un paradigma protectorio¹⁰.

Sostiene Yuba¹¹ que no se puede hacer un análisis separado e individual de los paradigmas protectorio, no discriminatorio, de igualdad, de inclusión antes enunciados, dada la interconexión que mantienen entre sí, no constituyendo compartimentos estancos. Asimismo se debe tener en cuenta al analizarlos, la influencia que ejercen las

⁵ HERRERA, Daniel A., *ibidem*, Pág. 43.

⁶ RIVERA, Julio C., *Significación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, noviembre 2014, Edición Especial Código Civil y Comercial de la Nación, p. 3, Editorial LA LEY, Provincia de Buenos Aires, noviembre 2014.

⁷ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, 27/11/2012, cons. 12.

⁸ HERRERA, Daniel A., *ibidem*, Pág. 45.

⁹ HERRERA, Daniel A., *ibidem*, Pág. 45.

¹⁰ Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos. Código Civil y Comercial de la Nación. Presentación del Proyecto*, Editorial LA LEY, 2012, p.441, Provincia de Buenos Aires, junio 2012. LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación. Palabras preliminares*. Edit. Errepar. Pág. 12. , Buenos Aires, 2014.

¹¹ YUBA, Gabriela, *Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia*, publicado en http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf. Último acceso 23/06/2015.

convenciones y tratados internacionales de derechos humanos, en especial a partir de la reforma constitucional de 1994 y de su constitucionalización en el Código Civil y Comercial.

Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA”¹², aquellos principios de igualdad y no discriminación han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*, según lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, lo cual conlleva para el Estado argentino, la “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato” de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia -por acción u omisión- lo haría incurrir en un acto ilícito internacional¹⁴.

El Código Civil y Comercial argentino es no sólo un Código centrado en la persona, sino, sobre todo, en las personas más vulnerables, porque es “*un cuerpo normativo concebido para posibilitar que las personas alcancen el más alto nivel de vida posible, con respeto por los derechos de los demás... lo que incluye el resguardo de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o de desigualdad estructural y la exclusión de toda conducta discriminatoria, supuestos que derivan lógicamente de la obligación de interpretar los contenidos según las normas de derechos humanos, establecida en los artículos 1° y 2°*”¹⁵.

El primer artículo del nuevo Código “*coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía*”¹⁶.

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

3. El Paradigma protectorio de los niños que sufren discapacidades

En este marco de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial argentino, y celebrando asimismo “*que ajusta sus disposiciones a los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

¹² CSJN, “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA”, Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 - 2010.

¹³ CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 97/101 y 110.

¹⁴ cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18.

¹⁵ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CARAMELO, Gustavo, *Introducción*, en: HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CARAMELO, Gustavo (Directores); *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Título preliminar y Libro Primero*. Edit. Infojus. Pág. XXI. Buenos Aires, 2015.

¹⁶ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CARAMELO, Gustavo, *Introducción*, en: HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CARAMELO, Gustavo (Directores); *ibidem*, Pág. 5.

¹⁷ HERRERA, Daniel A., *ibidem*, Pág. 45.

(aprobada por ley 26.378)”¹⁸, comentaré el Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14, aprobado el 12 de noviembre de 2014 por la Cámara de Diputados de la Nación, actualmente en revisión a la Cámara de Senadores, que “*tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862*¹⁹ y su reglamentación vigente” (cfr. art. 1º).

Lamentablemente debo adelantar mi posición contraria al texto proyectado, cuya finalidad -enunciada en el art. 1- es contradicha por el resto de su articulado. En las siguientes líneas me centraré en el análisis del Proyecto sancionado en cuanto autoriza la investigación²⁰ y descarte de embriones humanos producidos mediante “*técnicas de fecundación artificial*”²¹.

Uno de los paradigmas que resulta relevante para el análisis del referido Proyecto de Ley, es el protectorio y no discriminatorio de los niños -atento a que, según el ordenamiento jurídico argentino, los embriones fecundados in vitro y “*no implantados*” (cfr. art. 1 Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14) son niños²²-, y de las personas que padecen discapacidades.

La infancia ha sufrido un gran cambio de enfoque desde el dictado de la Convención sobre los Derechos del Niño²³, ya que a partir de ese momento los niños ya no son considerados objeto de protección, sino sujetos de derechos, en especial del derecho a la vida, a la igualdad y a la no discriminación, intrínsecamente vinculados los tres con la dignidad personal²⁴ y con el interés superior del niño, que se erige como pauta o criterio rector de interpretación de derechos y de actuación en toda situación que los involucre (cfr. art. 12 CDN).

En consonancia con el paradigma protectorio y no discriminatorio de los niños, el nuevo Código Civil y Comercial establece cambios respecto de su capacidad en consideración de su edad y grado de madurez, establece la noción de capacidad progresiva, entre otros.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación. Palabras preliminares*. Edit. Errepar. Pág. 4. Buenos Aires, 2014.

¹⁹ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862*, en ED 255, (07/11/2013, nro 13.359).

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

²¹ Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (San Miguel de Tucumán, 29/09 al 01/10/2011).

²² Las conclusiones de la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) afirmaron que “*I. Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno... V. Ante una eventual reforma del Código Civil se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de la mayoría*” (despacho de mayoría). La Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario 2003), consideró el tema “Comienzo de la existencia de la persona humana”. El despacho mayoritario dice: “*La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación, y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana*”.

Cfr. también MARRAMA, Silvia, *Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley N° 10854 - 8280 de autoría del Senador Melchiori*, ED 257, (22/05/2014, N° 13.488).

²³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20/11/1989, aprobada por la Argentina por la Ley 23.849 (sancionada el 27/9/1990 y publicada B.O. 27/10/1990) e incorporada en la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22 en el año 1994.

²⁴ Cfr. MARRAMA, Silvia, *El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado*, en ED 04/08/2014 N° 13.538.

Correlativamente se establece la responsabilidad parental, que debe respetar la supremacía del interés superior del niño, sus derechos personalísimos²⁵ (cfr. art. 646 CCyC), su autonomía progresiva y su derecho a ser oído²⁶, y se deja de lado el criterio establecido por el art. 377 del Código de Vélez Sársfield -en el sentido de “*gobernar la persona y bienes del menor de edad*”-, para dar paso a la protección integral de la persona y bienes del niño que no haya alcanzado la plena capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la autoridad parental²⁷.

4. El Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14

El Proyecto de Ley 0581-D-14²⁸ -antecedente del aprobado por la Cámara de Diputados, Proyecto 0581-D-14 y 4058-D-14-, expresamente prohibía en su art. 17 inc. c) “*La utilización de embriones para la experimentación*”, y sólo contemplaba el descarte del material genético -es decir, de óvulos y espermatozoides (cfr. arts. 14 y 15)-, pero no el de embriones.

Por el contrario, el Proyecto 0581-D-14 y 4058-D-14 autoriza la investigación y descarte de embriones humanos (cfr. arts. 12 y 14) mientras no se encuentren implantados (cfr. art. 1).

4.1. Crioconservación: la excusa

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

Afirmo que es una excusa y no una razón científica ya que tanto la literatura médica especializada como los medios de comunicación social dan cuenta de nacimientos de personas que estuvieron crioconservadas por más de diez años²⁹ (límite de tiempo que el Proyecto establece para habilitar su descarte -es decir, darles muerte- o su utilización para investigación). El nacimiento con vida de estos embriones congelados por más de diez años es una clara prueba de que se encontraban vivos durante su congelamiento.

4.2. Diagnóstico Genético Preimplantatorio: el instrumento

Para determinar cuáles son los “*embriones viables*”, es decir, “*aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan*”

²⁵ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014*, en ED 02/10/2014 N° 13.580. MARRAMA, Silvia, *Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos*, en ED 09/02/2015 N° 13.666.

²⁶ Cfr. MARRAMA, Silvia, *El derecho del niño víctima a ser escuchado*, en El Derecho (ED), [256] - (11/02/2014, nro 13.424).

²⁷ Cfr. YUBA, Gabriela, *ibidem*.

²⁸ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley 0581-D-2014*, en ED 02/10/2014, N° 13.580.

²⁹ El Dr. PASQUALINI refiere que en su Centro Halitus, “*En 2012 logramos un embarazo gemelar producto de óvulos congelados durante 12 años, es la mayor cantidad de tiempo que un óvulo estuvo congelado a nivel mundial*”. Cfr. *34 años después del primer bebé de probeta*, publicado el 26/07/2014 en <http://www.sentirypensar.com.ar/nota504.html>. Último acceso 01/12/2014. Otra noticia da cuentas de que “*Magalí Feigin nació hace una semana en Capital, pero su fecundación -el momento de la entrada del espermatozoide de su papá con el óvulo de su mamá- ocurrió más de 10 años atrás. Para más rareza, la beba tiene un hermano -que es como su mellizo- que ayer cumplió 10 años*”, cfr. *Nacimiento a partir de un embrión congelado durante una década*, publicado el 20/03/2007 en <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=45645>. Último acceso 01/12/2014.

(cfr. art. 14), se utiliza habitualmente el Diagnóstico Genético Preimplantatorio (en adelante, DGP³⁰)³¹.

Cabe aquí recordar que el gran jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield rechazó el concepto de viabilidad de la persona por nacer (cfr. v.gr. nota al art. 72 del Código Civil Argentino, Ley N° 340), y esa noción siempre ha repugnado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de nuestro país.

4.2.1. Diagnóstico Genético Preimplantatorio e integridad física

Atento a que el DGP -instrumento utilizado habitualmente para la selección embrionaria autorizada por el Proyecto bajo análisis-, conlleva graves lesiones para los embriones a él sometidos³², resulta incoherente (en los términos del art. 2 del CCyC) respecto lo dispuesto por el art. 647 Código Civil y Comercial, que establece la prohibición de “malos tratos y de cualquier hecho que lesione o menoscabe física y psíquicamente a los niños”.

4.2.2. Diagnóstico Genético Preimplantatorio y discriminación

El Proyecto propende claramente a la discriminación³³ de los embriones basada en razones de genéticas³⁴, eugenésicas³⁵, y de discapacidad -no viabilidad-, discriminación

³⁰ Cfr. LAFFERRIÈRE, Jorge N., *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente*. Edit. Educa., Buenos Aires, 2011.

³¹ “Entre las distintas técnicas que pueden utilizarse para este estudio, está la de FISH (Fluorescence In Situ Hybridization) y la de microarrays (micromatices). “Tal procedimiento supone los siguientes pasos: a) La mujer debe recibir tratamiento hormonal para que maduren varios folículos; b) Los folículos maduros se aspiran a fin de recuperar los óvulos; c) El varón debe obtener una muestra de semen; d) Con los óvulos y el semen se realiza la fecundación mediante el procedimiento FIV-ICSI (Inyección Microscópica Intracitoplasmática de Espermatozoides) para conseguir un determinado número de embriones; e) Los óvulos fecundados se mantienen en cultivo durante tres días; f) Luego de la fertilización, que lleva a la fusión o singamia por entrecruzamiento del material genético materno y paterno, los embriones van duplicando su número de células (2 a las 36 hs.; 4 a las 60 hs.; 8 a las 72 hs.); g) El DGP se realiza sobre una de las células -blastómera- del embrión temprano (usualmente el de 8 células), haciendo una incisión microscópica en la superficie de aquél y aspirándola con una micropipeta” (cfr. Cons. V, Causa N° FSM 4338/2013/CA1, Orden N° 12832 “G., Y. S. c/ O.S.D.E. s/PRESTACIONES MEDICAS”, CFASM, SALA I, SEC. CIVIL N° I, 12/11/2014. Camaristas: MARCELO DARIO FERNANDEZ, HUGO RODOLFO FOSSATI, LIDIA BEATRIZ SOTO).

³² Cfr. LAFFERRIÈRE, Jorge N., *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente*. Edit. Educa. Cap. 12. Buenos Aires, 2011. CHIESA, Pedro José María, AQUINO, Jorge Benjamín; *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*; en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244).

³³ Cfr. MARRAMA, Silvia, *La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria*, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-jun-2014.

³⁴ Cfr. LAFFERRIÈRE, Jorge N., *Discriminación genética en los proyectos de fecundación artificial en la Argentina*, en “El Derecho”, [244] - (08/09/2011, nro 12.830).

³⁵ Lamentablemente se evidencia que las ideas de DARWIN, que ya se consideraban superadas por los dolorosos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, siguen teniendo adeptos en nuestro tiempo. Me refiero a quienes propugnan “eliminar” a los débiles y enfermos de la sociedad, por considerarlos seres “inferiores” o “inútiles”. En *El Origen de las Especies* (publicado en 1859) DARWIN escribía: “Entre los animales salvajes, el débil es rápidamente eliminado, y de esta manera los que sobreviven exhiben un estado de salud cada vez más vigoroso”. “En cambio nosotros, las personas civilizadas, hacemos los mayores esfuerzos por evitar ese proceso de eliminación (y con ello propiciamos que el débil —físicamente o de entendimiento—, no sea eliminado)... Protegidas de esa manera, muchas personas débiles fueron capaces de propagar su linaje, pero nadie que haya prestado atención a la cría de animales domésticos dudaría de que esto (el cuidado y la salvación de los débiles) tiene que ser muy nocivo para la raza humana” (el subrayado me pertenece). DARWIN, Charles, *El Origen de las*

que se instrumenta mediante un “*estudio previo*”: el DGP. Así, su art. 14 *in fine* establece que “*A los fines de la presente ley se entiende por embriones viables aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan. Son embriones no viables o inviábiles aquellos que se han detenido en su desarrollo o que presentan alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo, que impiden su transferencia al útero de la mujer*”.

Esta discriminación -prohibida asimismo por la Ley N° 23.592³⁶- menoscaba la dignidad personal de los embriones, además de lesionar su derecho de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), y violentar los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes³⁷ y la Convención sobre los Derechos del Niño.

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

Cabe aquí poner de resalto que el 30 de julio de 2014, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza in re “L., E.H. y OT. En J. 221.605/50.235 “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.””, causa N° 110.803, resolvió rechazar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y de este modo confirmar la sentencia de la jueza de primera instancia que rechazó la acción de amparo interpuesta, en la inteligencia de que “*la negativa de OSEP no era notoriamente ilegal ni arbitraria ya que el DGP solicitado no estaba incluido como técnica obligatoria para la demandada por normativa alguna, y además conllevaba la elección de los embriones aptos, sin decir nada sobre el destino de aquellos que no serían implantados por resultar con anormalidades, inclinándose por proteger el derecho de estos últimos, ya que son persona desde el momento de la concepción y están imposibilitados de exigir protección de su vida y dignidad*” (cfr. Considerando 6), fallo verdaderamente protectorio y no discriminatorio.

4.2.3. Discriminación por discapacidad

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

La Ley N° 25.280 -que aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad- entiende por “discriminación” contra las personas con discapacidad, toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de

Especies, 1° edic.. Edit. del Aguazul. Barcelona, 2003.

³⁶ Esta ley 23.592, en su art. 1, prohíbe los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad o caracteres físicos. Estas causales son meramente enunciativas (“*a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente...*”), y en consecuencia las que se fundan en razones genéticas quedarían comprendidas.

³⁷ Cfr. CHIESA, Pedro José María, AQUINO, Jorge Benjamín; *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*; en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244).

las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales (cfr. art. 1). Por su parte, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales - aprobados por la Asamblea General en la Resolución 46/119 de diciembre de 1999-, señalan que el resultado de la discriminación es impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad con los demás.

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

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

En cuanto al derecho a la vida, el art. 10 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad garantiza el derecho al goce de la vida en igualdad de condiciones con respecto a los demás. Cabe aquí tener en cuenta que, frente a la posición de aquellos que niegan la personalidad de los embriones y consecuentemente su derecho a vivir, se erigen los principios *pro homine* y precautorio, y el principio *pro persona*, que obliga a acudir a la hermenéutica más favorable a la persona, resultando inaplicable -tal como han concluido por unanimidad los profesores reunidos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil³⁸, y como he explicado en oportunidades anteriores- la doctrina que emerge de la sentencia Artavia Murillo³⁹.

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

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

4.3. El carácter experimental de las técnicas

Por otra parte y tal como he señalado con anterioridad⁴⁰, las técnicas de fecundación artificial en sí mismas revisten un carácter experimental⁴¹ (en los términos del art. 58 *ab*

³⁸ Las conclusiones de la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) afirmaron por unanimidad que “*La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la corte Interamericana de derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho*”.

³⁹ Cfr. MARRAMA, Silvia, (Ref. 73118) *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino* [Nota a Fallo], en ED, [255] - (27/11/2013, nro 13.372) [Publicado en 2013].

⁴⁰ Cfr. v.gr. MARRAMA, Silvia, *Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y la integridad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea, en ED 30/12/2014 N° 13.638.

⁴¹ Téngase presente que por medio de la fecundación extracorpórea se “producen” personas en un tubo de ensayo,

inicio del Código Civil y Comercial), ya que constituyen tratamientos “*cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente*”. En efecto, las técnicas no han superado los estándares⁴² para ser consideradas “*no experimentales*”, atento su baja tasa de éxito⁴³ y los elevados costos en vidas humanas y daños a la salud de los pacientes involucrados, es decir: embriones⁴⁴, donantes de gametos y gestante, no guardándose una relación proporcionada entre sus costos y sus beneficios (cfr. inc. e), resultando desproporcionados⁴⁵.

Si bien las técnicas se encuentran autorizadas -en forma inconstitucional⁴⁶- por la Ley N° 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/13, el Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 pretende avanzar más aún en la desprotección de las personas por nacer, al desconocer abiertamente los requisitos para la experimentación con seres humanos que establece el art. 58⁴⁷ del Código Civil y Comercial, en especial en los incisos f) a j).

Resulta superfluo recordar que, en caso de promulgarse el Proyecto bajo análisis, la persona por nacer será sometida a investigación sin que haya otorgado previamente su consentimiento informado, y que el prestado por sus progenitores no es válido ya que se

se seleccionan las más aptas para su implantación y las sobrantes se crioconservan a 196 grados bajo cero en tanques de nitrógeno líquido. Cfr. MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina (Paraná, 2012). 580 páginas (de 15 x 21 cm). ISBN 978-987-26865-2-9. Capítulos III y IV.

⁴² QUINTANA menciona los siguientes estándares: a) la defensa de la vida y no disponibilidad del ser humano por sobre otros intereses sociales, respecto de lo cual sostiene que “es inconcebible aceptar de antemano el riesgo de muerte y aun de grave padecimiento para la integridad o la salud”; “b) el “consentimiento informado” de la persona participe de la investigación; c) la legitimidad del principio terapéutico, íntimamente relacionado con el principio de totalidad; y d) el interés social vinculado con el progreso de la ciencia respetando la primacía de la vida y salud del paciente conforme a)”. Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas*. Edit. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Págs. 20-21. Buenos Aires, 2012.

⁴³ Las estadísticas de HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY (HFEA) - organismo británico de control de la fecundación artificial- respecto de las técnicas de “alta complejidad” (que implican la manipulación de embriones), señalan durante el período 1.991 y 2.006:

Embriones humanos concebidos:	2.302.627	(100%)
Niños nacidos por procreación artificial:	98.200	(04,26%)
Seres humanos abortados directamente:	1.009.916	(43,86%)
Personas congeladas o muertas indirectas:	1.194.511	(51,88%)

Cfr. HUMAN FERTILISATION EMBRYOLOGY AUTHORITY, *A long term análisis or the HFEA Register data, 1991-2006*, (Análisis de la Autoridad en Embriología de la Fertilización Humana, datos registrados entre 1991-2006), 11/07/07, en <http://www.hfea.gov.uk/>. Traducción propia.

⁴⁴ Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa; BERTI GARCÍA, Milagros; NASSAZI RUANO, Fernando, *Los concebidos crioconservados son hijos de sus padres y pacientes de sus médicos*, en La Ley DJ 16/11/2011, 5.

⁴⁵ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Edit. Ad Hoc. Págs. 281-293. Buenos Aires, 2007.

⁴⁶ Las conclusiones de la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) afirmaron por unanimidad que “*Se propicia la reforma de la Ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos*”.

Cfr. también MARRAMA, Silvia, *La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria*, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-jun-2014. MARRAMA, Silvia, *Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862*, en ED 255, (07/11/2013, nro 13.359). MARRAMA, Silvia, *Análisis de la ley 26.862 por una especialista*, en ED, [255] - (18/11/2013, nro 13.366) [Publicado en 2013]. (Ref. 72985). MARRAMA, Silvia, *Temas y neoautores: Fecundación in vitro y derecho*, en ED 252 (08/05/2013) N° 13.233.

⁴⁷ Cabe señalar que el art. 58 de la Ley N° 26.994 no hace expresa referencia a las técnicas de fecundación artificial.

configura un caso de clara oposición de intereses entre las partes (los progenitores y sus hijos). Cabe mencionar que el Código Civil y Comercial contempla, para los supuestos de contraposición de intereses, el nombramiento de un tutor especial⁴⁸ denominado “guardador” -figura contemplada por el Título VII (Responsabilidad parental) del Libro II (Relaciones de familia) de la Ley N° 26.994-.

Lo expuesto demuestra claramente que el Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 no guarda coherencia con lo establecido por la Ley N° 26.994 (cfr. art. 2 del CCyC), pese a lo declamado en su art. 1 al decir que el Proyecto se sanciona “*en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente*”.

Asimismo, este Proyecto vulnera “*los principios internacionales y sus pautas ético-jurídicas*”⁴⁹ para las investigaciones en seres humanos, en especial: a) que la finalidad de restablecer la salud de la persona que participa en la investigación o experimentación terapéutica tenga siempre primacía sobre todos los otros intereses; b) que la investigación y experimentación no terapéutica -es decir aquella en la que el interés es el avance científico para bien de terceros- se circunscriba a los siguientes estándares: b.1) el consentimiento informado junto con una ponderación entre riesgos y beneficios debidamente experimentados y b.2) en caso de que el individuo sea incapaz, el consentimiento informado prestado por su representante legal⁵⁰ -con la salvedad que hice anteriormente sobre la contraposición de intereses-.

Muestra de que las técnicas vulneran los principios internacionales para las investigaciones en seres humanos es la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala)⁵¹, dictada el 18/10/2011, que resuelve una cuestión prejudicial planteada en el caso *Brüstle v. Greenpeace* ante el Tribunal de Luxemburgo, relativa a la interpretación de la Directiva 98/44/CE de protección de las invenciones biotecnológicas⁵², estableciendo que: “*El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:*

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

La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación

⁴⁸ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina. Cap. V. Paraná, 2012.

⁴⁹ Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, consideraciones jurídicas*. Edit. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Págs. 19-20. Buenos Aires, 2012.

⁵⁰ Cfr. QUINTANA, Eduardo M., *ibidem*.

⁵¹ Cfr. *Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof - Alemania* - *Oliver Brüstle / Greenpeace eV*(Asunto C-34/10), en DO C 100, de 17.4.2010

⁵² ALBERT, Marta, *Embriones no viables, ¿embriones patentables? Comentario a la sentencia del Bundesgerichtshof, de 27 de noviembre de 2012, en el asunto Brüstle v. Greenpeace*, en Diario La Ley, N° 8084, Sección Doctrina, 16 May. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY, http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2012/11/Embriones_no_viables_%C2%BFembriones_patentables_.Comentario_a_la_sentencia_del_Bundesgerichtshof_de_2....pdf

científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”.

5. Ponencia

Por lo expuesto, propongo a votación lo siguiente:

5.1 El Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 es inconstitucional por violar el derecho a la vida y a la igualdad y no discriminación de las personas por nacer que padecen discapacidades.

5.2. El Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 es incoherente con las disposiciones del Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994, art. 2), que establece los paradigmas protectorios y no discriminatorios de las personas que padecen discapacidades.

6. Conclusión

Baste lo brevemente expuesto para coincidir con diversos juristas especializados en derechos humanos⁵³, que han lamentado esta modificación introducida por la Cámara de Diputados al Proyecto de Ley original N° 0581-D-14, modificación que vulnera el derecho fundamental a la vida de las personas por nacer concebidas mediante estas técnicas; y establece una discriminación arbitraria fundada en la salud de los embriones -distinción entre embriones “viables” e “inviables” (cfr. art. 14), desprotegiendo a estos últimos-, en clara violación de su dignidad, y del derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria.

Una vez más el legislador pretende desconocer las voces de los especialistas en la materia. Entre ellos, los profesores reunidos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, quienes dictaminaron por unanimidad que “*En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación*”⁵⁴.

⁵³ Entre ellos, LAFFERRIERE, Jorge N., *Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas*, en La Ley 04/02/2015 Tomo 2015-A, Año LXXIX N° 24.

⁵⁴ Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).