

DICTAMEN DE LA ACADEMIA DEL PLATA

CONCEPTO DE PERSONA HUMANA Y FILIACION EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL DEL PODER EJECUTIVO Y EN EL PROYECTO DE LA CAMARA DE DIPUTADOS RECIENTEMENTE SANCIÓNADO.

1. Acelerada producción normativa.

Hace aproximadamente cuatro meses (13 de marzo) la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo en el que “reconstruyó” una de las excusas absolutorias del arts.86 del Código Penal, otorgándole supuestos efectos *erga omnes* ya que exhorta a las jurisdicciones para que instruyeran protocolos a los efectos *de practicar abortos a toda mujer que declare que el embarazo es consecuencia de una violación*. En realidad no había “materia judicial” (el niño ya había sido eliminado) y por ello su motivación fue solamente ideológica. El fallo mereció severas críticas de esta Academia. Recientemente (el 8 de junio) el Poder Ejecutivo envió un *Anteproyecto de Código Civil* a la Cámara de Senadores y el 27 de junio la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley denominado “*Reproducción asistida*”. Si ambos obtienen sanción legislativa, en el futuro la vida de infinidad de seres humanos concebidos extra uterinamente quedarán sin amparo jurídico y quienes los manipulen gozarán de un amplio paraguas legal, mientras no se decrete la inconstitucionalidad.

2. Persona humana y embriones humanos: una discriminación legalmente protegida.

El Anteproyecto en el primer párrafo del art.19 establece “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno*” continuando así la normativa del actual código respecto al momento inicial de la persona, cuya redacción data de 1871, cuando obviamente no se conocía otra forma de fecundación más que por relación sexual produciéndose la fecundación “intrauterina”. Pero a continuación dejando de lado los avances científicos contemporáneos demostrativos que el cigoto o embrión en estado de una célula es un nuevo individuo de la especie humana,¹ agrega: “*En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*. En consecuencia, la norma proyectada dispone que el embrión *in vitro* no revestirá la calidad de persona y probablemente tampoco lo será después, ya que no existen ningún motivo genético, biológico, o jurídico para no incluirlo ahora en esa calificación

¹ “Lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana.”(Tomas y Garrido G., *El estatuto científico del embrión*, Tribuna Siglo XXI) “La dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser.” (Lopez Moratalla N. *El embrión humano como individuo*, Ed. Comares)

derivando su “protección” a una “ley especial”. Por el contrario su expresa exclusión como persona nada menos que del Código Civil habla a las claras de su futuro poco promisorio.

3. Contradicciones lógicas y jurídicas.

Debe advertirse que el texto supera la arcaica y biológicamente errada calificación de “preembrión”, empleada en el informe Warnock (Reino Unido, 1984), ley española (2006 y diversas legislaciones europeas) y extensa jurisprudencia comparada de décadas atrás. Sin embargo, la nomenclatura ahora utilizada, al reflejar verazmente la realidad, demuestra la falacia incurrida, pues el “embrión no implantado” no es otro ente más que un **“embrión humano”** conclusión que se trataba de escamotear mediante el neologismo antes mencionado.

Gramaticalmente el *Anteproyecto* en vez de emplear el término “persona” como en el código todavía vigente, asume la locución **“persona humana”**. Debe concluirse que semánticamente se ha querido establecer una identidad entre los términos “persona” y “humana”. Por ello conforme la nueva expresión, toda persona es humana y todo humano es persona. De aquí la flagrante contradicción entre la primera y segunda parte del artículo reseñado, pues absolutamente nadie puede negar humanidad al embrión, máxime cuando se remite a una *“ley especial para la protección para el embrión no implantado.”* En el orden jurídico argentino no hay norma que establezca un *tertium* entitativo entre persona y cosa y por ende resulta al menos insólito que el código mencione a una ley futura para la protección de “una cosa no implantada” y a la vez contradictorio que no le otorgue al “embrión no implantado” el *status* de persona.

Además del trato peyorativo otorgado a los embriones *in vitro*, el Anteproyecto dispone que el consentimiento de las personas que se sometan a las técnicas *“es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella”*. Nada agrega acerca del destino de estos embriones provenientes de una paternidad “arrepentida”. (arts.560)

Otra de las numerosas contradicciones del texto en estudio radica en que en sus fundamentos afirma que el Libro Primero se abre con la regulación de la “persona humana” utilizando esa denominación siguiendo al Proyecto de 1998, “que tanta influencia tiene en este Anteproyecto”, olvidando que ese antecedente disponía que *“La noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el hecho de serlo”*. Por ello, la distinción de los humanos *“in utero”* o *“in vitro”* otorgando personalidad sólo a los primeros, obedece de una construcción arbitraria producto de la ideología de la comisión redactora y ajena a todos los antecedentes reformadores precedentes al Anteproyecto en análisis.

4. Filiación y gestación “por sustitución” (de vientre). Homoparentalidad. Filiación post mortem.

4.1. Sin mencionarlo expresamente el Anteproyecto da por sentado la licitud de la fecundación con gametos ajenos ya que la filiación puede ser por “naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción”. No admite la impugnación de la filiación cuando haya mediado consentimiento a las técnicas, pero tampoco permite el

reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto a éste, privando así a los hijos de su verdadera identidad, lo cual supone una nueva discriminación conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, que se suma a las varias anteriores (arts.558 y 577).

4.2. Receptando una de las practicas que más objeciones ha recibido en todo el mundo, el *Anteproyecto* dispone la posibilidad de “gestar por sustitución” (art.562), más conocida como “alquiler de vientre”, hecho que ha generado numerosos conflictos jurídicos, llevados a la ficción literaria o fílmica demostrativos de la dramaticidad de estas situaciones. No es este el lugar para abundar en consideraciones psicológicas, biológicas y ginecológicas, entre tantas otras, pero debe resaltarse que se avala legalmente el deseo de quienes persiguen la satisfacción de sus intereses sin reparar en el daño que implica la artificial ruptura del vínculo generador y gestador derivado la maternidad, tanto en el niño como en ambas madres. A ello se añade que la futura norma menciona a “el” o “los” comitentes (?) término realmente insólito, de uso en mandatos, compraventas y otros negocios jurídicos en los cuales se conmutan cosas, pues obviamente las personas están fuera del comercio, lo que habla a las claras de la falta de respeto a la persona humana por nacer. Posiblemente advirtiendo lo anormal de este procedimiento y para afianzar que la gestación sea menos traumática, la norma establece que la “gestante” haya dado a luz al menos un hijo propio y no aporte su gameto.

4.3. Homoparentalidad. Bajo el título “Voluntad procreacional”, (oponiéndola a procreación natural) se establece que los hijos nacidos de una mujer por las técnicas mencionadas son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado en los términos legales, “con independencia de quien haya aportado los gametos”, y por tanto el niño puede ser hijo de un hombre o mujer solos o dos hombres o dos mujeres.

4.4. Filiación post mortem. Como regla se establece que no hay vínculo filial entre la persona nacida como consecuencia de las técnicas de reproducción y la fallecida si la concepción en la mujer o la implantación no se había producido antes del fallecimiento pero se autoriza como excepciones si la persona consiente documentadamente según términos legales o por testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferido en la mujer luego del fallecimiento o que ambas situaciones se produzcan dentro del año siguiente al deceso. Lo expuesto no merece mayores comentarios más que según la última de las excepciones, la decisión queda en manos de la mujer por el término mencionado y que en todos los casos se dispone *a priori* la horfandad del niño así concebido.

5. Proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados. La desprotección absoluta y deliberada del embrión.

5.1. Ausencia de mención entitativa del embrión.

El 27 de junio pasado, la Cámara de Diputados aprobó por 169 votos a favor y ninguno en contra (siete abstenciones) un proyecto de “reproducción médicamente asistida”. Como acotaciones previas, debe señalarse que más que asistencia se trata de una sustitución, pues las técnicas reemplazan al acto sexual y por ello el médico no “asiste” sino que es “participe” y actor principal. Además con finalidad nada ociosa se ha reemplazado el término “fecundación” por “reproducción”, ya que lo primero sería admitir gramaticalmente el inicio de la vida humana, hecho obvio, pero que no aparece en ninguna

parte del texto. A lo largo del articulado la palabra “embrión” se emplea marginalmente y en ningún lugar del proyecto recibe un análisis especial. Curiosamente la referencia está dada a los “bancos receptores de gametos y embriones”, como si se trataran de la misma categoría biológica. Agregamos que si bien no se incluye en la ley las palabras “material genético”, éste es el término en usanza en el ambiente de estas prácticas “reproductivas”, escamoteándose así la individualidad humana del embrión.

5.2. Objeto de la ley. Personas beneficiadas e inclusión en el Programa Médico Obligatorio.

Por tanto el objeto del proyecto no es la “protección” del embrión sino “garantizar el acceso integral” a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida, encuadrándose entre sus beneficiarios “toda persona mayor de edad” cumpliendo con la ley de “derechos del paciente” y por tanto pueden acceder a ellas las personas solas, parejas del mismo o sexo sean o no convivientes sin limitaciones de quienes aportan los gametos. Los procedimientos quedan incluidos en el PMO con el mandato a la autoridad de aplicación de no introducir requisitos que limiten o excluyan la orientación sexual o estado civil de los destinatarios. Huelgan los comentarios.

5.3. Carencia de toda regulación procedimental.

Según el proyecto la procreación asistida incluye la inducción y estimulación a la ovulación, las técnicas de reproducción asistida (TRA) y la inseminación “con gametos del conyuge, pareja conviviente o no o de un donante”. La cobertura comprende los “servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos aún de menores de 18 años debido a problemas de salud. El proyecto deja en manos de la “autoridad de aplicación” la regulación de las técnicas lo cual es altamente reprochable ya que en el caso las técnicas son precisamente las que deben estar reguladas. Legalmente no se establecen límites ni en cuanto a la producción de óvulos (¿tres, cinco, veinte?, ¿con que periodicidad?) lo cual puede resultar altamente lesivo para la mujer, ni al número de embriones que se producen en cada procedimiento, ni de los que se implantan.²

Tampoco hay referencia a los embriones sobrantes ni si son pasibles de utilización para investigación, experimentación y desguace celular para beneficiar a terceros y el eventual patentamiento y comercialización de sus células. La clonación no está prohibida.

6. Análisis jurídico del Anteproyecto de Código y Proyecto de ley de Diputados.

Las normas mencionadas del Anteproyecto de Código y del Proyecto de Diputados (y sus concordantes) vulneran disposiciones jurídicas internacionales incorporadas con rango constitucional por la reforma de 1994 en el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional. En efecto, **el conocimiento del genoma humano permite aseverar sin dudas la condición de ser humano y su carácter de único e irrepetible y por ende el embrión es miembro de la especie humana ya sea por concepción corpórea o extracorpórea.**³ En consecuencia para nuestro ordenamiento jurídico el embrión humano es persona conforme a las siguientes normas: art.6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “*Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad*

² El porcentaje de niños nacidos oscila en el 25% y si los embriones han sido congelados se reduce a la mitad.

³ Conf. Tobias José, La ley 25/7/2012.

jurídica”, art.16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: **“todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”**, art. 1º y ley 23.849: Convención sobre los Derechos del niño, **pues niño es todo ser humano desde el momento de la concepción** y por último el art. 1º inc. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos proclama, **“para los efectos de esta Convención persona es todo ser humano”**.

En consecuencia, los dos proyectos analizados son inconstitucionales.

7. Conclusiones.

7.1. Desde una perspectiva republicana, no deja de resultar preocupante varias circunstancias en principio formales: de los tres juristas que forman la comisión del *Anteproyecto* patrocinado por el Poder Ejecutivo, el Presidente y su Vicepresidente integran la Corte Suprema, lo cual crea una cierta perplejidad respecto a sus decisiones a la hora de resolver la constitucionalidad de normas del Código por ellos elaboradas. Asimismo el Poder Ejecutivo al enviar el *Anteproyecto* al Congreso impartió diversas instrucciones que no parecen guardar la forma debida respecto al poder legislativo nacional.

7.2. Adherimos a las numerosas voces que respecto al *Anteproyecto* han solicitado un debate exhaustivo y temporalmente amplio, dada la envergadura de la norma a modificarse, entre ellas un elevado número de académicos y profesores de universidades nacionales y privadas del más alto nivel, entre ellos varios integrantes de comisiones de elaboración de aquel, que suscribieron el 15 de marzo de 2012 un petitorio difundido en los medios en los que manifestaron su disconformidad **“especialmente en cuestiones tan centrales como los textos proyectados en materia de relaciones de familia y de las personas sean revisados y modificados, para adecuarlos a las costumbres y valores del pueblo argentino y a las tradiciones jurídicas nacionales”**.

7.3. Pero más allá de lo coyuntural y a la espera que estos proyectos no tengan sanción legal, es preciso una profunda reflexión de las motivaciones ideológicas que han llevado a nuestra sociedad a enfrentar transformaciones como las que se presentan. Asimismo se impone una labor de transmisión mediática de los argumentos que fundamentan la dignidad de toda persona humana, pues el avasallamiento de los derechos aquí defendidos tiene también su causa en una difusión distorsionada de la realidad.

Buenos Aires, julio 12 de 2012

Maria Lukac de Stier

Eduardo Martín Quintana

Secretaria

Presidente

