

**LOS DERECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO**  
**REFLEXIONES A PARTIR DEL ART. 17 DEL NUEVO**  
**CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

*Comunicación del académico correspondiente*  
*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, en sesión privada*  
*de la Academia Nacional de Ciencias*  
*Morales y Políticas, el 8 de julio de 2015*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones ([www.imagenimpresa.com.ar](http://www.imagenimpresa.com.ar))  
en el mes de marzo de 2016

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2015 / 2016**

*Presidente* . . . . . Académico Ing. MANUEL A. SOLANET  
*Vicepresidente* . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. LEONARDO MC LEAN  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ  
*Prosecretario* . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO  
*Protosorero* . . . . Académico Dr. ROSENDO FRAGA

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE ....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI .....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ .....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF .....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT .....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE .....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO .....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL .....	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI .....	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO .....	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER .....	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO .....	10-09-14	Nicolás Avellaneda

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Hugo O. M. OBIGLIO

Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA

# **LOS DERECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO**

## **REFLEXIONES A PARTIR DEL ART. 17 DEL NUEVO**

### **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Por el académico correspondiente  
Dr. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

#### **I. Introducción**

Uno de los aspectos más relevantes del título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), que entrará en vigencia en agosto del corriente año, es el concerniente al tratamiento de los bienes jurídicos en razón de las palpables modificaciones que se advierten en esa materia y que, en gran medida, fueron gestándose en los últimos decenios. En sus Fundamentos, la Comisión Redactora da cuenta de esa circunstancia cuando expresa que “la concepción patrimonialista”, decisiva en la época de Vélez, “ha ido cambiando”, en tanto aparecieron bienes que, “siendo de la persona, no tienen valor económico, aunque sí una utilidad”, como sucede –merced a los desarrollos de la ciencia médica– con los órganos y tejidos del ser humano. De igual modo, “la relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado”, ya que –de modo especial luego de la reforma cons-

titucional en 1994— se ha reconocido, en relación con los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad comunitaria. Asimismo, bienes que el Código reemplazado considera del “dominio público” emergen como “colectivos”, tal el caso del ambiente, todo lo cual aconseja proporcionar ciertas “guías generales” sobre estos aspectos, las que, por su amplitud y generalidad, resulta pertinente ubicarlos en un lugar introductorio, tal el caso del Título Preliminar<sup>1</sup>.

Es, pues, en ese marco que surgen interesantes consideraciones, en especial, en los artículos 14, 17 y 18, sin perjuicio de que la misma Comisión reconoce que estos “principios” son desarrollados “en artículos particulares, leyes especiales y jurisprudencia”<sup>2</sup>.

En ese marco, deseo ofrecer algunas reflexiones a propósito del art. 17, el que plantea algunas orientaciones respecto de lo que denomina, acaso de modo poco afortunado, como se verá más adelante, “derechos sobre el cuerpo humano”.

## II. Fundamentos del artículo

Dicha norma dispone que “los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

El texto, como se anticipó, se hace eco de los progresos científicos que gravitan sobre la vida y a la salud humanas impactando sobre el Derecho, aspecto que ha merecido, entre nosotros, la atención del legislador a través de diversas disposiciones las

---

<sup>1</sup> “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012, apart. 7.1, p. 453.

<sup>2</sup> “Fundamentos...”, *op. cit.*, *loc. cit.*

que, es claro, no son ajenas al debate en torno del alcance de toda esta cuestión, la cual, como expresa el académico de la Academia Nacional de Derecho de esta ciudad José Tobías, asume dos grandes posiciones: sea que se considere a las partes del cuerpo como una propiedad (la denominada “property rights” sobre cosas y cesibilidad onerosa, prevalente en los Estados Unidos), sea que se considere a aquellas como “patrimonio de la humanidad toda”, prevaleciente en Francia. En abono de la primera tesis, expone el autor citado, cabe invocar “la ausencia de riesgos para la integridad física; la conveniencia de incentivos para cesiones de esa naturaleza tendientes a favorecer la investigación y el avance de la ciencia y la consideración de la falta de razonabilidad de un criterio de mercado que posibilita el enriquecimiento de quienes hacen uso del indicado material a través del patentamiento de los resultados y deja afuera a quien ha proveído elementos o partes de su cuerpo para posibilitarlo”. A su vez, en sustento de la segunda, esto es, el punto de vista que se resiste a “delegar al mercado la recolección y cesión de materiales que son de interés de la humanidad toda, sosteniendo que es el Estado quien debe asumir esa tarea”, Tobías refiere que se “trataría de un *common* –como tal patrimonio de la sociedad toda– y no propiedad de las personas que han experimentado la ablación y menos de los investigadores y depositarios que tienen los tejidos humanos. Se razona destacando los riesgos de las soluciones alternativas: atribuir la propiedad de los tejidos a los cedentes supone el riesgo que ellos alteren su destino en cualquier momento limitando la posibilidad de los investigadores y atribuirlos a estos supondría que ellos podrían impedir la experimentación por otros investigadores externos, reduciendo las posibilidades del material acumulado”. Por ello, se ha sugerido la “creación de biobancos públicos (...) que entregue los materiales depositados a los investigadores que lo requieran haciendo uso de ellos como detentadores de bienes colectivos”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tobías, José W., “Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, La Ley, Buenos Aires, diario del 11/4/2013, p. 2.

La Comisión Redactora se hace eco del punto cuando expresa que “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”. Ante ello, se presentan posturas contradictorias. Una, añaden los Fundamentos, refiere que “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”. Otra, agregan, estima que “el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos (...) no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial”. Y una tercera es, expresan los redactores, la asumida por el documento en la redacción citada y que Tobías denomina como tesis de la “extrapatrimonialidad”<sup>4</sup>. El presidente de la Comisión Redactora, en efecto, escribe que “el derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraído del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona”<sup>5</sup>. Sobre tales bases, la disponibilidad del cuerpo y la información derivada de sus partes anatómicas se basa en el principio de autodeterminación y se encuentra fuera del comercio. De ahí que, concluye la Comisión, “se admite la categoría de objeto de derechos que no tienen valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”<sup>6</sup>.

En opinión del citado Tobías, cabe asumir que el artículo abandona “la lectura tradicional según la cual las partes separadas del cuerpo constituirían el objeto de un derecho de propiedad tutelado en sus connotaciones patrimoniales y disponible a título

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>5</sup> Lorenzetti, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 23/4/12, p. 1.

<sup>6</sup> Fundamentos..., cit. nota 1, p. 457.

gratuito u oneroso”, lo cual entrañaría excluir la factibilidad de un reclamo resarcitorio fundado en las ganancias obtenidas por la utilización no autorizada del material biológico humano”, tal y como fue resuelto en el caso “Moore vs. The Regents of the University of California”, de la Corte de ese estado de los Estados Unidos. En síntesis, ello “comporta el alejamiento del paradigma mercantilista en aspectos centrales de la persona, como lo es el cuerpo y sus partes y la adhesión a un sistema basado en el principio de solidaridad. Supone, además, adoptar una postura de salvaguarda de las personas involucradas en la dación de partes, en el sentido de que la ausencia del incentivo monetario posibilite la espontaneidad y libertad de la manifestación de la voluntad, resguardando los principios de libertad, igualdad y dignidad”<sup>7</sup>.

En definitiva, y para decirlo con el lenguaje de John Finnis<sup>8</sup>, el artículo receptoría la idea de que se está ante “bienes básicos” (la vida, la integridad física) de la persona humana que emergen como *conditio* para su desarrollo o, como escribía Aristóteles al inicio de la *Política*, para “obtener su completo desarrollo”<sup>9</sup>. Por ello, esos bienes propios son “indisponibles”, expresión ésta que – sea o no del conocimiento de la Comisión– ganó fortuna en la Alemania de la posguerra (*Unbeliebigkeit* o *Unverfügbarkeit*) como sucedáneo del derecho natural<sup>10</sup>. De ahí que la disponibilidad no es una obligación sino un rasgo de altruismo y de solidaridad con quienes coexistimos (el otro, tanto el prójimo como, en sentido lato, la humanidad en su conjunto) y que asume los tres principios básicos de la bioética debidos al “Belmont Report” de 1974: respeto por la persona-beneficencia-justicia. Y es por ello que, qui-

---

<sup>7</sup> Tobías, nota 3, p. 3.

<sup>8</sup> Cfr., por todos, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, pp. 59 ss. (existe versión castellana de Cristóbal Orrego S., *Ley natural y derecho natural*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000).

<sup>9</sup> Aristóteles, *La Política*, Vrin, París, 1987 (trad. Tricot), 1252 b 31.

<sup>10</sup> Sobre esto, a partir de la calificada opinión de José Llopart, cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 3º, pp. 150-159.

zás, quepa observar el título de la norma, pues la expresión “derechos sobre el cuerpo humano” podría denotar una connotación subjetivista del derecho, más cercana, en el punto, a la tesis que considera al cuerpo como una propiedad sobre la que se gozaría de plena disponibilidad (que el documento recusa), que a la perspectiva de la solidaridad (que el texto, por el contrario, y según lo referido, hace suya).

### **III. Aplicaciones legislativas y jurisprudenciales**

#### **A. El tema en la legislación**

La tesis defendida por el Código es, *avant la lettre*, la asumida desde siempre por nuestra legislación. Obsérvese, v. gr., el caso de la ley de trasplantes de órganos que, en su última versión de 1995 (24.193) no difiere, en lo sustancial, de la originaria 21.541. El art. 19 reconoce a toda persona que manifieste “su voluntad negativa o positiva a la ablación de órganos o tejidos de su propio cuerpo” y que condicione dicha voluntad a alguno de los fines previstos en la ley. Sentado lo anterior, el art. 15 autoriza la ablación de órganos o tejidos en vida –que es, obviamente, el tema más delicado– entre parientes hasta el cuarto grado y el cónyuge o conviviente cuando, según el art. 14, “se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor”. El concepto personalista que fundamenta la norma es claro: sólo el eventual dador decide si accede o no a los trasplantes pues, como se anticipó, no se trata de una obligación, sino de un acto de liberalidad. No obstante, el trasplante se autoriza si y solo si resguarda la vida y la integridad física de las partes involucradas y si interviene el círculo de personas autorizadas, pues entre ellas el legislador descarta la existencia de fines espurios. En esa

línea, el art. 16 expresa que “en ningún caso los gastos vinculados con la ablación y/o el implante estarán a cargo del dador” o, si correspondiere, “de sus derecho habientes”, quedando prohibida (art. 27) “toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o tejidos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro” (inc. “f”) y “la inducción o coacción al dador para dar una respuesta afirmativa respecto a la dación de órganos” (inc. “g”). De ahí que el siguiente artículo reprime con prisión e inhabilitación al que diere beneficios de contenido patrimonial a un posible dador o tercero para lograr la obtención de órganos o tejidos” (cfr., asimismo, art. 33). Por su parte, y en línea con la filosofía que se describe, ya la Ley 23.885 había creado el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), al cual la mencionada ley de trasplantes le asigna, entre otras funciones, (art. 44) la de dictar “las normas para la habilitación de establecimientos en que se practiquen actos médicos comprendidos en la temática” (inc. “b”); “coordinar la distribución de órganos a nivel nacional” (inc. “n”) o la “dirigir las acciones que permitan mantener actualizada la lista de espera de receptores potenciales de órganos” (inc. “ñ”).

Otro ejemplo de esta perspectiva lo es, a mi juicio, la Resolución 69/2009 emanada del citado INCUCAI, que dispone, en cuanto aquí interesa, que la “captación, colecta, procesamiento, almacenamiento y distribución de células progenitoras hematopoyéticas (en adelante, CPH) provenientes de la sangre ubicada en el cordón umbilical y la placenta para uso autólogo eventual sólo podrán realizarse en aquellos establecimientos habilitados” por dicho instituto (art. 1). Repárese que, siguiendo lo dispuesto por el art. 2º de la ley de trasplantes, que dispone que “la reglamentación podrá incorporar otras [prácticas] que considere necesarias de acuerdo con el avance médico científico”, por Decreto Nº 1125/2000, incorpora al listado de dichas prácticas la ablación e implantación de cordón umbilical, entendiéndose como tal a las

células progenitoras hematopoyéticas, existentes en la sangre que queda en el cordón umbilical y la placenta luego del alumbramiento. Asimismo, debe precisarse que en 2005, por Ley 26.066 se incorporó a la 24.193 esta temática, de modo que quedó regido por esta última norma “la obtención y preservación de células progenitoras hematopoyéticas y su posterior implante a seres humanos” (art. 1º, 2º párr.). Pues bien, sobre tales bases, el art. 6 de la citada Resolución expresa que las CPH que se colecten para dicho uso autólogo eventual “para los que no haya indicación médica establecida, deberán ser inscriptos en el Registro Nacional de Donantes de CPH” [creado por 25.392 (2000) en los términos de la resolución INCUCAI 319/2004] “y estarán disponibles para su uso alogénico, conforme lo establecido por la ley” recién mencionada. Esta norma 25.392 –reglamentada, a su vez, por el decreto 267/2003– dispone en su art. 4 que “la autoridad de aplicación está facultada para intercambiar información con todos aquellos países que tengan Registros similares a los creados por esta ley, a efectos de dar una mejor, más amplia y rápida cobertura a aquellos pacientes que la requieran”. En línea con lo expuesto, el art. 8 de la Resolución bajo análisis aprueba un formulario mediante el cual el señalado Registro “autorizará la liberación de las unidades criopreservadas por parte del establecimiento en que se encuentran”. Por último, el siguiente artículo señala que la información que los profesionales deberán suministrar a los padres “con anterioridad a su obtención para uso autólogo eventual o alogénico debe ser amplia y suficiente”, conforme a un modelo que integra la resolución bajo examen, en tanto que el art. 11 establece que “las unidades de CPH (...) colectadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta resolución deberán ser notificadas al” mentado registro.

## **B. La recepción jurisprudencial**

1. Respecto del primer supuesto, los tribunales han mantenido y, en rigor, profundizado el espíritu solidario del legislador, en

tanto que extendió el alcance del vigente art. 15 a otros supuestos que no resultaban rigurosamente captados por la letra del documento. La válvula de escape que permitió esas ampliaciones fue el art. 56 de la ley de la materia, norma ésta que, al estatuir que “toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos será de competencia de los tribunales federales o provinciales en lo civil del domicilio del actor”, posibilitó el planteamiento de numerosos casos acogidos por los tribunales. Así, la célebre decisión del Alto Tribunal mediante la que se autorizó el trasplante de riñón en favor de su hermano respecto de quien tenía 17 años y 10 meses y no los 18 requeridos para ser dador<sup>11</sup> fue seguida por una proficua jurisprudencia<sup>12</sup> que extendió la práctica a un haz de supuestos no captados por los términos de la ley de la materia. Así, se dispuso autorizar la dación en beneficio, entre otros supuestos, de personas (a) sin vínculo parental pero con acreditada relación de amistad y trato frecuente<sup>13</sup>; (b) con parentesco en cuarto grado pero no consanguíneo con quien requería el trasplante (se trataba de la esposa del primo hermano de aquella)<sup>14</sup>; (c) sin parentesco, como es el caso de una madrina respecto de su ahijada<sup>15</sup> o, recientemente, de una mujer respecto de su concuñada<sup>16</sup>; (d) que fueron cónyuges, con posterioridad

---

<sup>11</sup> Fallos: 302:1284.

<sup>12</sup> Cfr. al respecto, el completo panorama que proporciona Nobili, Alejandro J., “Transplantes entre personas no emparentadas”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 3/12/2003, pp. 1-6. Cfr. asimismo, Rabinovich-Berkman, Ricardo D., “Protección para dadores y receptores en la ley de transplantes”, *La Ley*, diario del 29/5/14, pp. 1-2 y Tinat, Eduardo L., “Éticas del deber y del carácter y donación de órganos en vida”, *Microjuris.com*, MJ-DOC-6453-AR.

<sup>13</sup> Juzgado Civil y Comercial 13° Nominación, Rosario, “Colombo, M.”, sent. del 9/5/83, *La Ley*, t. 1984-B, 189; Juzg. Civ. y Com. n. 1 Neuquén, “V.L.A. s/medida autosatisfactiva”, sent. del 16/7/2014 (con nota de Busamia, Roberto G.), *LL Patagonia*, 11- 5, octubre 2014, pp. 499-509.

<sup>14</sup> Juzg. Fed. Lomas de Zamora, n° 3, “V., A. E.”, sent. del 1/2/95 (con nota de Fernando A. Sagarna), *La Ley*, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1997-II-279.

<sup>15</sup> Juzg. Civ. y Com. Fed. n° 5, “M., S. s/sumarísimo” sent. del 30/7/12, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 19/9/12.

<sup>16</sup> Juzg. De 1° Inst. y 14° Nominación en lo Civil y Comercial, “C.E.S.-Ablación/Implante de órganos”, *in re*, sent. de mayo de 2015.

legalmente divorciados<sup>17</sup>o, más recientemente, (e) sin vínculo familiar entre sí pero que en orden a “optimizar” el trasplante, se consideró más apropiado que un dador proporcionara el órgano a una persona ajena y el dador de ésta última al receptor del primero (procedimiento conocido como “trasplante cruzado”)<sup>18</sup>.

En todos estos casos, el fundamento que da sustento a las autorizaciones concedidas –comprobada tanto la inexistencia o imposibilidad de los familiares autorizados por la ley en condiciones de proceder a la dación, cuanto la de órganos óptimamente compatibles con el receptor en los registros del INCUCAI y, desde luego, descartada la existencia de un fin espurio en el acto de que se trate–, reposa, si se desea hacer una lectura *vis a vis* del art. 17, en el valor terapéutico, al par que humanitario y social del trasplante, de modo que la disponibilidad de una parte del cuerpo humano, pese a no estar expresamente contemplada por las normas específicas, resulta ampliamente salvaguardada por la ponderación, en conjunto, de un haz de elementos, tales como el sentido o, si se prefiere, el espíritu de la norma, el que cabe extraer ya de una interpretación fundada en la *epikeia* aristotélica, ya del engarce de la norma en la sistemática del ordenamiento jurídico, lo que incluye, como es obvio, el análisis armónico del documento con la Ley Fundamental y los derechos de primer rango receptados en ésta última. De ahí que se esté en condiciones de obtener, como expresó el Alto Tribunal en el precedente mencionado en la nota 11, con cita de otro aún más antiguo, que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general”, de donde en dicha interpretación “no cabe prescindir de las palabras de la ley” aunque “tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando” se requiere una exégesis “razonable y sistemática”.

<sup>17</sup> Juzg. Crim. y Corr. n. 3 Mar del Plata, “R., I. B. y B., M. D.”, sent. del 6/5/1995, LL 2003-67, AR/JUR/3764/1995.

<sup>18</sup> Juzg. Civ. y Com. Fed. n. 4, “H., N. I. y otros s/sumarísimo ley 24193”, sent. del 12/2/2015.

La resonancia hermenéutica del *dictum* parece incuestionable. Gadamer, en efecto, advierte que “el juez intentará responder a la ‘idea jurídica’ de la ley mediándola con el presente”<sup>19</sup> porque “está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo”<sup>20</sup>. Repárese en lo expuesto: son las circunstancias, no la norma, lo que cambia de donde no se advierte una desvirtuación al límite de los trasplantes entre vivos cuando se lo extiende a otros supuestos siempre que los principios liminares que aquella resguarda la norma no resulten controvertidos sino, antes bien, profundizados por los estándares bioéticos ya señalados. De modo análogo, el antiguo catedrático de Heidelberg trae la autoridad de Betti quien expresa que eso es lo que realiza el jurista “en su labor práctico-normativa cuando intenta ‘realizar la pervivencia del derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica’”<sup>21</sup>. El juez, en efecto, “lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación”<sup>22</sup>, de modo que “no se comporta como historiador”, aunque sí “se ocupa de su propia historia que es su presente”<sup>23</sup>. Por ello, en línea ahora con Heidegger, medita que “cada texto representa no sólo un sentido comprensible, sino también un sentido necesitado de interpretación”<sup>24</sup>. Así, acude al gráfico ejemplo del psicólogo quien no puede dejar en su mera literalidad lo que cuenta el paciente, sino que es preciso “reconstruir lo que ha tenido lugar en [su] inconsciente”<sup>25</sup>, de donde,

---

<sup>19</sup> Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 y sucesivas ediciones (traducción castellana de la 4ª edición –1975– por A. Aparicio y R. De Agapito, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977, por la que en lo sucesivo se cita), p. 400.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 399.

<sup>21</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 409.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 410.

como observa Esser, las resoluciones de los casos pocas veces son íntegramente ofrecidas por el texto de la ley, ya que ésta “nunca puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesarios para aplicar el derecho”. De ahí que “toda interpretación representa un enlace entre *lex scripta e ius non scriptum*, enlace que sólo él crea la norma positiva auténtica”<sup>26</sup>.

2. Si bien la práctica unanimidad de la jurisprudencia, con sustento en el referido principio de solidaridad que gobierna la materia, ha obrado del modo referido respecto de los trasplantes de órganos, sucedió a la inversa en relación con las CPH, donde parece prevalecer la tesis de que éstas constituyen una propiedad de quienes dispusieron su colecta y guarda. Esta es la postura mayoritaria entre los tribunales que se ocuparon del tema<sup>27</sup> y es la tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el único caso que arribó a sus estrados en el que, incluso, fue más lejos en relación con este tema que respecto de lo había resuelto el órgano que intervino con anterioridad<sup>28</sup>.

En efecto, en dicha causa, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, consideró que en el régimen de trasplantes de órganos,

---

<sup>26</sup> Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1970 (p. 65 de la traducción castellana del cap. V a cargo de M. Rodríguez Molinero, bajo el título “La Interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1986, pp. 41 ss., por el que en lo sucesivo se cita).

<sup>27</sup> Cfr, además de lo resuelto (por mayoría) por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal lo decidido, en sentido coincidente, por la Sala II, en “E., G. K. y otro c/E.N.-Incucái”, sent. del 17/6/10, *La Ley*, 2010-D, 621 y por la Sala III en “G., C. F. y otro c/E.N.-Incucái”, sent. del 22/12/11, *La Ley*, 2012-B, 390. Cfr, asimismo, Juz. Fed. 1° Inst. n° 2, Rosario, “Stemcell S.A. y O. c/Incucái y o.”, sent. del 9/2/10, *LLLitoral*, 2010 (marzo). En contra: cfr Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, “Protectia S.A. c/Incucái”, *in re*, sent. del 6/2/14.

<sup>28</sup> Cfr causa C.526.XLVII. “C., M. E. y otros c/EN-INCUCAI-Resol. 69/2009”, sent. del 6/5/14. Me he ocupado del tema, con mayor atención, en mi estudio “El artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial, visitado a partir de la jurisprudencia: desarrollos e interrogantes”, en Rabbibaldí Cabanillas, Renato (director), *El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación*. Número Especial, Jurisprudencia Argentina, 12, 2015.II, pp. 54-66.

aplicable a las CPH, la donación constituye un “acto voluntario” por lo que “la restricción a los derechos de los progenitores en punto a la disposición autóloga de CPH, así como la imposición de su forzosa donación con fines de empleo alogénico —establecidos en la res. 69/2009”, contraría las previsiones de los citados arts. 15 y 19 de la ley 24.193 por lo que “configura un claro exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas al organismo” que exige “ineludiblemente la intervención del Congreso de la Nación” y sin que dicha intervención pueda suplirse por la delegación efectuada en favor del INCUCAI por el Ministerio de Salud mediante la Resolución 610/2007, norma, ésta que, atento a que “el desarrollo científico y tecnológico estimula proyectos de investigación tendientes a explorar el uso de células con fines terapéuticos en diversas patologías”, por aplicación del “principio de especialidad” consideró “comprendidas dentro del ámbito de competencia del INCUCAI a los fines de la aplicación de la ley 24193 (t.o. ley 26066), las actividades vinculadas con la utilización de células de origen humano para su posterior implante en seres humanos” (art. 1).

A su turno, el Alto Tribunal, por remisión al Dictamen de la Procuración General de la Nación, por unanimidad de los seis miembros que entonces lo integraban (ya había fallecido la ministra Argibay), además de convalidar el razonamiento de la cámara —que había hecho lugar al reclamo de los actores para que las CPH obtenidas del nacimiento de sus hijos se ciñeran a un destino exclusivamente autólogo—, acogió el de la empresa Matercell S.A. —banco privado que colecta y crioconserva CPH de los padres actores de la acción— según el cual no resulta aplicable a la causa la ley de trasplantes de órganos, sino la ley de sangre 22.990.

En efecto, en primer lugar, mantiene la incompetencia del INCUCAI en el dictado de la Resolución más allá de afirmar, sugestivamente, que no se pronuncia acerca de si “una limitación legal de ese tipo es o no razonable” (ap. IV, 2° párr.) pese a que

el tema bajo análisis (“reserva privada de células madre para uso autólogo”) a juicio del dictamen “merece otro tipo y nivel de discusión” (op. cit., 10 párr.). Y, en segundo término, hace lugar al reclamo de la empresa a cargo de dicha colecta que “atribuye un exceso en la reglamentación dictada por el INCUCAI” que mediante la resolución objetada “hace extensiva a los bancos de CPH con fines de eventual uso autólogo la” citada “resolución 319/04”, en la medida en que ésta última “se refiere a la imposibilidad (...) de que estos bancos tengan fines de lucro”, al considerar –de modo principal– que “no nos encontramos frente a un caso de ‘donación de CPH con fines transplantológicos’, en cuyo caso la norma rectora es la ley 24193 (...) sino a un supuesto de ‘guarda de sangre’ (...) cuya ley regulatoria es la 22990...” (ap. V, 3° y 4° párr.).

La decisión es objetable: a) En primer término, es inseguro que el INCUCAI, órgano especializado por excelencia sobre la materia, no sea, justamente, el competente para expedirse sobre cuestiones del estilo. Por de pronto, conviene recordar que el propio organismo al que la Corte reputa idóneo para dictaminar la resolución en crisis (el Ministerio de Salud de la Nación, cfr. Ap. V, últ. párr.) dictó la Resolución 610/07 –antecedente de la cuestionada en la causa y que no mereció consideración alguna en dicho dictamen– mediante la que delegó al INCUCAI, dados sus conocimientos y la posibilidad de efectuar “investigaciones tendientes a explorar el uso de células con fines terapéuticos en diversas patologías”, todo lo concerniente a “las actividades vinculadas con la utilización de células de origen humano para su posterior implante en seres humanos” (consids. 2°, 4° y 5). Y, de igual modo, cabe añadir que el legislador le ha encomendado a dicho Instituto el carácter de organismo de aplicación de la citada ley 25.392 y de su pertinente reglamentación; b) De igual modo, el propio reconocimiento que efectúa el Alto Tribunal respecto de que “el tema planteado” concierne a la “reserva privada de células madre para su uso autólogo” (cfr. Ap. IV, 10 párr.) desmiente

que se está ante un supuesto de “guarda de sangre”. En efecto; lo que se procura es, precisamente, contar con las CPH en caso de que éstas resulten necesarias para la atención de la salud del hijo de los progenitores, hallándose discutido su empleo (no el de la sangre) con destino alógeno; c) Asimismo, la tesis de la Corte parece contradicha por dos apreciaciones que surgen del propio dictamen al que reenvía. La primera es el reconocimiento, como ya se anticipó, de que “la ley 26.066, al modificar la ley 24.193 introduce en su régimen a las actividades relacionadas con las células progenitoras hematopoyéticas en general y en su reglamentación (...) determina (...) que la obtención, preservación e implante de CPH comprende sus diferentes modalidades de recolección de trasplantes autólogos y alogénicos” (ap. V, 8° párr.). De ahí que adscribir, no obstante los categóricos términos recién transcritos, el empleo de la CPH bajo la esfera de una norma como la “ley de sangre” de 1983, nacida para regular una realidad por completo diversa a la de las CPH, entonces, por cierto, desconocida, deviene no solo ajeno a la materia bajo examen, sino contradictorio con los avances científicos que, en su relación con el derecho, reclaman de éste su permanente actualización. Y la segunda es la invocación de la Resolución 864/06 sobre “Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia” emanada del Ministerio de Salud de la Nación en su calidad de autoridad de aplicación de la ley de sangre y que la Procuración invoca como argumento determinante para avalar supostura en tanto dicha norma “entre otros temas, trata específicamente la recolección, la conservación, el procesamiento, el almacenamiento y el transporte de células progenitoras hematopoyéticas, tanto periféricas como de cordón umbilical y placenta” (ap. V, 6° párr.). En mi opinión, por el contrario, que dicha norma emita disposiciones relativas al trasplante de células progenitoras sea que se trate de donación no relacionada; donación autóloga o donación relacionada obedece a que, como acaba de señalarse y surge palmariamente del consid. 2° de los fundamentos de ese documento, “el progreso

científico hace necesario contar con actualizaciones permanentes de las normativas que regulan las actividades de la especialidad” (consid. 2º), pero de ello no se sigue que quepa ignorar la clara decisión del legislador de asignar la cuestión bajo análisis a la esfera de la ley 24.193 (y no a la de sangre) y, menos, de silenciar la delegación dada a tales fines al INCUCAI por el legislador y por el Ministerio de Salud, tal y como se vio en la letra “a”; d) Por último, sorprende que el Alto Tribunal no haya dejado escuchar voz sobre una cuestión de indudable trascendencia institucional, máxime si los temas relativos a la bioética no le son ajenos y en ellos, en no pocas ocasiones, dada su relevancia, ha ido más allá de los aspectos formales en orden a efectuar una declaratoria de naturaleza sustantiva sobre el punto<sup>29</sup>. Piénsese, v. gr., en el ya citado caso del trasplante de quien no tenía la edad exigida por ley o en la decisión adoptada en dos asuntos pese a que éstos habían devenido abstractos al momento de emitir su parecer: la causa “Bahamondez”, en la que un miembro del culto Testigos de Jehová –que a la sazón había sanado– pedía no ser transfundido, y la causa “F.A.L.”, en la que se requería la autorización del aborto seguido de violación a una menor, el cual ya se había practicado al momento de arribar las actuaciones a la instancia suprema. Y sorprende porque la Corte, al hacer suyo el dictamen del Ministerio Público de la Nación reconoce expresamente que la cuestión “merece otro tipo y nivel de discusión” (cfr. el citado Ap. IV, 10 párr.), discusión que, de modo paradójico, el pronunciamiento omite pese a ser motivo de análisis en las constancias de la causa y en el razonamiento del *a quo* como, por ejemplo, que en la presente evolución de la ciencia médica, el empleo no autólogo de las CPH es el único que rinde frutos en lo concerniente al tratamiento y posible curación de enfermedades, por lo que su conservación para un eventual uso individual (con el argumen-

<sup>29</sup> Cfr. en este mismo sentido, Andruet, Armando S. (h), “Células madre de cordón umbilical: una argumentación moral”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 19/5/14, pp. 10-11.

to —especialmente defendido por la mayoría de la Cámara— de que, de este modo, se protege el principio bioético de respeto a la persona, también conocido como “autonomía”), deviene retórico, cuando no un fraude para los progenitores, como se insinúa en los fundamentos de la resolución en crisis cuando se alude a la “publicidad engañosa” de que aquéllos serían objeto (consid. 22). Sobre tales bases, ni siquiera desde una lógica utilitarista resultaría sustentable la solución adoptada, tal y como parece dar cuenta la resolución 6909/2014 del INCUCAI, derogatoria de la 69 a raíz de lo resuelto por la Corte Suprema, la que refiere, en lo que aquí interesa, que en el Registro Nacional de Células Progenitoras Hematopoyéticas “no existen registros de las unidades colectadas en ninguno de los ocho bancos que de hecho funcionan en el país”, los cuales, asimismo, “no cuentan con la correspondiente habilitación para el servicio que prestan”, por lo que, al ignorarse “no sólo la cantidad de las mismas, sino también las condiciones en las que fueron obtenidas, transportadas, procesadas y criopreservadas, impidiéndole al Estado, de esta manera, garantizar la trazabilidad de dicho material biológico humano”, se desconocen “los estándares de calidad que se emplean en los bancos privados”, por lo que “las unidades bajo su custodia no pueden ser utilizadas en trasplante de CPH” (consids. 14, 16 y 17).

En síntesis, más allá de algunos reproches que quepa efectuar al criterio adoptado por el INCUCAI sobre este punto (no parece haber habido una campaña de esclarecimiento del tema, como la ocurrida, v. gr., con los trasplantes de órganos y, además, no se exhibe apropiada la pretensión de que los bancos que se ocupan de la colecta de CPH carezcan de fines de lucro), estimo que la decisión del Alto Tribunal, en lo conceptual, conduce, en contra de la referida tradición legislativa y jurisprudencial nacional (a la que, por cierto, se incorpora el art. 17, redactado, por lo demás, por dos jueces que suscriben dicha resolución), a considerar las CPH bajo la lógica de la tesis de la *property rights*.

#### IV. Células y embriones

La conclusión precedente da que pensar ya que el empleo de células madres resulta determinante para el tratamiento y eventual curación de enfermedades. El caso más espectacular es el de las células obtenidas de la médula ósea. Éstas han demostrado su utilidad clínica en la realización de trasplantes tanto autólogos como alogénicos que beneficiaron casos de leucemias agudas (incluido el de una persona que padecía SIDA), leucemia mieloide crónica, déficit inmunológicos severos, linfomas, mielomas y talasemias o anemia plástica severa. De igual modo, se han orientado al tratamiento del parkinson, alzheimer, diabetes y dolencias cardiovasculares y hepáticas, además de que pueden regenerar cualquier tipo de tejido, incluido el sistema nervioso. Además, según investigaciones ya acreditadas, y en esto deseo detenerme brevemente, en la médula ósea existen células madres pluripotenciales con la misma capacidad proliferativa y diferenciadora que las embrionarias. Catherine Verfaillie, investigadora belga de la Universidad de Minnesota observa que, además de que estas células, contrariamente a las embrionarias, “no desarrollan tumores”, no plantean los problemas éticos que irrogan aquellas<sup>30</sup>, en la medida en que se considere a estas últimas como seres humanos o que, sin serlo, y toda vez que se hayan munidas de inoculables “signos característicos de humanidad”, para decirlo en el lenguaje del extraordinariamente contemporáneo Código de Vélez Sársfield (cfr. su art. 51), merezcan un tratamiento acorde con dicha nota.

El tema, como es sabido, motivó un amplísimo debate durante el proceso de elaboración del nuevo Código sin que, por ahora, pueda decirse que la cuestión haya sido zanjada bien que existe una clara tendencia a considerar al embrión como una mera cosa y, por tanto, como susceptible de amplia investigación y eventual descarte. Sin ánimo de abundar en esta cuestión que, como es ob-

<sup>30</sup> Cfr. “Tras la pista de las células madre”, *Redacción*, Univ. Navarra, abril 2003, p. 11.

vio, dada su relevancia, merece un tratamiento en sí mismo, deseo, brevemente, mencionar lo siguiente. El art. 19 del vigente Código Civil –de trajinado desarrollo, pues exhibe cuanto menos, tres redacciones hasta la definitiva– pareció decantarse en favor de la personalidad del embrión al estatuir que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, lo que supondría que el embrión *in vitro*, esto es, ya concebido, así debería considerarse. En abono de esa posición –o, en todo caso, de la que pide una protección especial para el embrión– puede invocarse el art. 57 del Digesto recién citado, el que prohíbe “toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Con todo, al sancionar el Código, una de las pocas normas transitorias del mismo se dedicó, precisamente, a este tema, a través del art. 9.2 que dispone que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”, lo que vendría a desmentir la proposición precedente, en línea con lo que fue la segunda redacción del art. 19 y que memora el conocido *dictum* de uno de los casos más célebres –por sus diversos vaivenes– de los Estados Unidos sobre esta cuestión: “David v. David” en el que la Corte Suprema del estado de Tennessee expresó que “el embrión no es ni una persona ni una cosa, pero merece un respeto especial” con sustento “en el potencial de viabilidad” que ostenta por lo que “no debería asimilarse a tejido humano o extracorpóreo” y en que “no ha desarrollado completamente su estructura biológica” por lo que “no debería ser asimilado a una persona”. Sin embargo, la media sanción de dicha ley especial por parte de la Cámara Baja parece asumir lo que fue la primera redacción del art. 19, es decir, que la concepción principia en el seno materno por lo que el embrión no es más que un tejido humano<sup>31</sup>. Se trataría de la postura defendida, en aquel caso norteamericano, por la Cámara de Apelaciones al expresar que los embriones en disputa “debían ser

---

<sup>31</sup> Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, 2014, Orden del Día n° 1003, 27/10/14, “Alcances, derechos y relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción asistida y la protección del embrión no implantado”.

tratados como parte del acervo matrimonial”; “divididos como los demás bienes fungibles del matrimonio” y susceptibles de “control conjunto”, ya que de “las personas se tiene custodia y no control”. O de la asumida por otro tribunal norteamericano, esta vez del estado de New York (caso “Kass v. Kass”), el que con lógica impecable concluye que los embriones son cosas y, por lo tanto, cabe autorizar la vigencia de un contrato sobre su destino, lo que, evidentemente, no podría autorizarse respecto de personas<sup>32</sup>. En efecto, avala la observación referida, entre otros, el texto del art. 12 del proyecto, el que dispone –por lo demás, en virtual oposición al art. 57, ya citado– que “en caso de criconservación de gametos o embriones obtenidos por quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas de reproducción asistida, transcurridos diez años desde la obtención del material genético, deberán ser *descartados* o destinados a la *investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación*” (énfasis añadido).

## V. El tema de la investigación

La referencia recién realizada a la investigación me conduce al último punto que deseo abordar, también muy brevemente, en esta ocasión: la disponibilidad del cuerpo humano o sus partes por razones “científicas”. En mi opinión, este segmento del art. 17 debe leerse, entre otros, con los arts. 51, 55, 56, 58 y 59 del vigente Código Civil y Comercial y atiende el complejo tema de la investigación y experimentación sobre la persona humana, aspecto éste último que es expresamente contemplado entre los

---

<sup>32</sup> Sobre esta temática, cfr., más extensamente, mi estudio citado en la nota 10, pp. 93-103 y, en coautoría con Fleming Cánepa, Eugenia, “El caso ‘Artavia Murillo’ vs. Costa Rica” de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caeiro, Silvia, *Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino*, La Ley, Buenos Aires, t. I, cap. XI, pp. 551-595.

Fundamentos de la norma bajo examen cuando se alude a que el cuerpo tiene, también, un valor científico, es decir, “tiene valor para la experimentación”<sup>33</sup>.

En este aspecto, el Código viene a llenar un vacío reclamado por la doctrina y que había conducido a algunas provincias (v. gr. la de Buenos Aires, ley 11.044) a adoptar legislaciones de dudosa competencia. En cuanto aquí interesa, el art. 55 estatuye que “el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Por ello, el siguiente artículo sólo autoriza la “disposición del propio cuerpo que ocasione una disminución permanente de su integridad” cuando “es requerido para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico”. A su vez, el art. 58, intitulado “investigaciones en seres humanos”, dispone que “la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones (...) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumplen” un nutrido elenco de requisitos que se enuncian a continuación.

A mi ver, los arts. 55 y 56 están en línea con la letra y el espíritu del 17 a la luz del cual el principio es la indisponibilidad del cuerpo y sus partes, siendo lo opuesto excepcional y siempre que se salvaguarden los valores indicados por aquella norma. Empero, genera dudas la compatibilidad del art. 58 no en lo relativo a los recaudos que disciplina (los que son de toda razonabilidad si se pondera la índole de los actos de que se trata), sino en los aspectos que a continuación se exponen.

En primer lugar, parece haberse invertido la referida regla general, en tanto, como principio, se autoriza la investigación mé-

---

<sup>33</sup> Fundamentos..., cit. nota 1, p. 457.

dica bien que se la sujeta (“sólo puede ser realizada”, dice el texto) si se siguen los recaudos exigidos lo cual, en puridad, es lo mínimo que cabe esperar si se pondera, como se anticipó, que se trata de tratamientos que “no están comprobados científicamente”.

Este tema deviene decisivo pues el peligro de la cosificación de la persona es evidente. La Corte Suprema lo advirtió, en 1987, en el célebre caso vinculado con el suministro de crotoxina para tratar una determinada patología. Luego de señalar que por no encontrarse los recaudos de necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento, no correspondía suministrar el complejo, recordó que “la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud”, pues la acción del Estado en este campo “reconoce no sólo razones estrictamente científicas, sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines”<sup>34</sup>. De igual modo, y más cercano en el tiempo, en 2010 rechazó el reclamo de que una obra social cubra el tratamiento con vacuna T linfocitaria que reclamaba quien padecía esclerosis múltiple, en razón de que aquél “se encuentra en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación, no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III”, máxime si la apelante “no ha sostenido que en el país se registre protocolo de investigación alguno al respecto”<sup>35</sup>. A su vez, en 2014, la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil dejó sin efecto el otorgamiento del 100 % de un tratamiento respecto de una persona que padecía “amaurosis bilateral” (ceguera) con sustento en que, de acuerdo con las constancias de la causa “no existe evidencia científica que avale el uso de células madres para la patología del actor”, además de que no consta que la universidad que

---

<sup>34</sup> Fallos: 310:112.

<sup>35</sup> Causa B.537.XLIV. RH. “Buñes, Valeria Elisabet c/Obra social Unión Personal y otro”, sent. del 19/5/2010.

proponía la práctica “se encuentre llevando a cabo investigaciones respecto del tratamiento requerido” o que existan procedimientos o trabajos que divulguen investigaciones al respecto, las cuales, por el contrario, se hallan en “fase de investigación exploratoria temprana”. Por lo demás, se consideró que los tratamientos experimentales “no pueden ser financiados por los pacientes o coberturas sociales”, sino por el “investigador” o el “patrocinador”<sup>36</sup>.

En segundo término, se ha reprochado que la norma omite la distinción entre las dos clásicas clases de investigaciones experimentales: las que se realizan con el propósito inmediato de beneficiar al paciente (denominadas “terapéuticas”) y las que se destinan al solo adelanto de la ciencia médica (“no terapéuticas” o “puras”). De ahí que Tale sugiere, *de lege ferenda*, que se añada, entre los recaudos de las norma, la prohibición de realizar investigaciones respecto de esta última clase, si de ellas se deriva un riesgo de lesión grave a la integridad o salud de la persona<sup>37</sup>.

En tercer lugar, si bien el inciso “e” correctamente dice que la experimentación debe “estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsible que representan para las personas que participan en la investigación”, no prohíbe que se someta una persona a un experimento que se sepa que conduce a la muerte cierta de ella, incluso si se encuentra sana, o que del tratamiento se deriven graves secuelas físicas, lo cual es mandatorio si se pondera que en torno de esta cuestión se encuentran comprometidos bienes básicos de la persona y que, por lo mismo, el principio rector que guía este tópico es el clásico *neminem laedere*. De ahí que cuando el daño es a bienes personalísimos el consentimiento sólo puede admitirse si el daño no es grave o si siendo de tal magnitud se realiza con el fin de obtener –con certeza o con razonable probabilidad– un bien

---

<sup>36</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, *in re*, sent. de mayo de 2014.

<sup>37</sup> Tale, Camilo, “Las experimentaciones médicas sobre seres humanos en el Proyecto de Código”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 15/2/13, p. 3.

mayor en línea con lo dispuesto por los citados arts. 55 y 56, corolarios ambos del 51, según el cual “la persona es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”<sup>38</sup>.

## VI. Conclusión

El análisis del “texto” art. 17 y concordantes del nuevo Código no es sino el “pretexto” para reflexionar, una vez más, sobre algunos de los temas (y problemas), que desde siempre fatigan a la humanidad, tal el caso, nada menos, de las que conciernen a la vida y a la muerte del ser humano. En ese horizonte, resulta indudable que las ciencias médicas se erigen en una interpelación permanente para los demás saberes. Si, para brindar apenas un ejemplo, para los viejos romanos solo la madre era cierta (y el padre el que el pueblo tenía por tal), es claro que la certidumbre se ha extendido en nuestros días también a éste último. Ese y otros tantos supuestos (algunos se han convocado aquí) muestran no solo la relatividad y el dinamismo de nuestros conocimientos sino, también, la profunda continuidad que, desde siempre, la humanidad se ha trazado con el objeto de dar sentido al dato de la existencia humana. Esta Academia, que acoge miradas diversas, ciertamente es un ámbito propicio para plantear en torno de la relación ciencias médicas - ciencia y filosofía jurídica, una reflexión que, como pedía Bloch, al final del camino procure hacer plausible el “principio de la esperanza”, allí donde –y en el ámbito de la bioética se trata de una observación no menor– no existan “ni ofendidos, ni humillados”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>39</sup> Bloch, Ernst, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, París, 1976, p. 13.

## OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

*presentados por los señores académicos:*

*Académico Eduardo Quintana*

Excelente exposición del Dr. Rabbi- Baldi, y si bien parece muy extenso el panorama que ha tratado, hay cuatro o cinco núcleos que son realmente importantes. Me detendré en una cuestión que es fundamental: el embrión humano es un individuo de la especie humana y merece los derechos que le corresponden como persona. Creo que ese es el eje más importante en el que giran todas las demás cuestiones. Si bien desde la década de los noventa se elaboraron varios proyectos legislativos sobre reproducción humana artificial, sólo uno obtuvo aprobación del Senado en el año 1997 y luego no fue tratado por Diputados. En el año 2012 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el proyecto de un nuevo Código Civil y Comercial unificado que en el art. 19 disponía que *“La existencia de la persona comienza con la concepción en el seno materno”* agregando que *en el caso de técnicas de reproducción humana asistida comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que provea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*. Es decir, establecía una diferencia entre dos tipos de embriones. Teniendo en cuenta este artículo, en el Congreso Nacional avanzó rápidamente un

proyecto de ley de reproducción artificial, que en un principio podía entenderse que tenía como fin la protección de los embriones mencionada precedentemente. Pero lejos de cumplir esa finalidad, el proyecto autorizó todas las técnicas de reproducción, aun las más lesivas para la salud y vida de los embriones a quienes trata como cosas, transformándose en la ley 26.862. Quizá con sorpresa para todos, en diciembre del 2013 el Senado modifica el artículo 19 del proyecto del código, disponiendo que “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*” Esta modificación como varias otras fue aprobada por la Cámara de Diputados, transformándose en el actual Código Civil y Comercial Unificado. He descripto esta cuestión para resaltar que actualmente hay una grave contradicción legislativa, pues la ley 26.862 trata a los embriones no implantados como cosas, y por otro lado el código recientemente aprobado sostiene que la persona humana comienza con la concepción. Quiero destacar que el Dr. Rabbi Baldi en varias de sus sentencias ha decidido que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Artavia Murillo contra Costa Rica*”, que sostiene que la concepción es “el implante”, no es aplicable en Argentina, ya que conforme al art.68 inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que solo será obligatorio para “el Estado parte” o sea aquel que es alcanzado por el fallo pero no *erga omnes*. Además, con sólidos argumentos biológicos y genéticos, demuestra el error de dicho fallo al transmutar el término “concepción” en implante”. Concluyo con una pregunta al expositor: ¿no le parece que hay una contradicción grave entre el Código Civil y la ley 26.862 dictada en base a un proyecto de Código cuyo art. 19 sobre el comienzo de la existencia de la persona humana que fue modificado sustancialmente?

*Académico Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

El tema del embrión, como señalé, es un tema que en sí mismo demandaría un tratamiento autónomo. Simplemente lo sobrevolé y le dediqué una página de las diez que presenté aquí, de modo que, obviamente, requiere una atención más profunda. Lo que usted plantea es acertado y concuerdo en que se advierte una contradicción. En ese sentido, sería interesante precisar que el artículo 19 si bien formalmente tuvo dos redacciones, sabemos a través de diálogos que existió una anterior al proyecto enviado al PEN por la Comisión Redactora y al texto del artículo se lo debe complementar con la cláusula transitoria que ordena dictar una legislación protectoria del embrión no implantado. Entonces, como usted dijo, el actual art. 19 expresa que la persona principia desde la concepción. Punto. Y una ley específica va a regular el estatuto del embrión *in vitro*. Esa ley, específicamente, tiene media sanción en la Cámara de Diputados, es decir que todavía no hay una ley, pero de lo que leemos a través de algunas de sus normas (he mencionado concretamente el art. 12) parece dudoso que se transforme en una ley de protección, más bien parecería lo contrario. Por otra parte, y en relación a lo que menciona usted sobre la ley 26.892, considero que en esas circunstancias no era una preocupación central del legislador resolver la cuestión acerca del estatus del embrión, ya que la preocupación del legislador entonces era ocuparse de dar cobertura a las técnicas de fertilización asistida que no se habían legislado aún. En ese sentido, también constituyó una preocupación central obligar a las obras sociales y a las empresas de medicina privada a que presten ese servicio al incorporarse esa prestación dentro del denominado PMO (Programa Médico Obligatorio). Sin embargo, por algunos aspectos de esa legislación (está prevista la criopreservación y la donación de embriones sin que por lo demás se efectúen precisiones al respecto), podemos concluir que no se consideraba al embrión con los atributos de la personalidad y, por lo tanto, esa legislación,

como usted apunta, deviene contradictoria con el art. 19 del nuevo Código. No obstante, insisto en que ese artículo debe leerse con la cláusula transitoria y como la norma pertinente todavía no está, no podemos saber cuál será la consideración que en definitiva recibirá el embrión. Si nosotros deseamos una plena protección del embrión, el modelo a seguir es la legislación alemana, a la que Suiza, recientemente, se ha plegado: dicha legislación dice que se puede generar tres embriones por tratamiento como máximo, los que deben implantarse en el mismo acto, con lo cual ellos evitan el tema de la crioconservación y de esta forma evitan la posibilidad del descarte y de la investigación, por el contexto obviamente eugenésico que está muy presente en el imaginario social alemán por lo que pasó en la tragedia del nacionalsocialismo. Por el contrario, si nosotros vamos a otro régimen entonces el embrión queda debilitado.

*Académico Manuel A. Solanet*

Me permito hacer una reflexión sobre la evolución del art. 19. Pensé que había habido dos redacciones, ahora me entero de que han sido tres. La última cambió la consideración de que el embrión no implantado no era una persona. Ahora, la discusión sobre si el embrión implantado o no implantado es persona ha quedado legalmente superada.

Pero ahora me conecto con el Protocolo dictado por el Ministerio de Salud de la Nación que ha merecido una opinión crítica de nuestra Academia, que prácticamente y contradiciendo lo establecido en el propio Código y en las convenciones aceptadas en nuestra Constitución, autoriza la interrupción del embarazo en forma libre. La lectura del Protocolo deja en evidencia que en cualquier etapa de la gestación, incluso cuando el feto es factible

de nacer vivo, hay una posibilidad legal de interrumpir el embarazo que no exige más condiciones que una declaración de la madre respecto al origen de ese embarazo. Puede alegar una violación sin demostrarla ni haber hecho una denuncia. También puede justificarlo argumentando la afectación de su salud, sea física, mental o social. El Protocolo convalida que la vida de la persona por nacer sea interrumpida aun cuando esté próxima del nacimiento natural. La lectura del protocolo pone en claro que la condición es que muera dentro del seno materno. No lo dice taxativamente pero se sobreentiende de las técnicas abortivas en etapas avanzadas del embarazo. Si el feto es factible debe anularse la posibilidad de que nazca vivo, terminando con su vida antes de que eso suceda.

Hay una versión, a mi juicio muy dramática e impresionante, de los protocolos abortivos que forman parte de un estándar en la medicina. Si esa circunstancia ocurriera, debe procurarse que el nacimiento del feto o la aparición se haga inversamente de lo que es natural: por los pies primero, evitando que la cabeza salga y anulando la vida antes de que eso suceda. No solamente esto está en contra de nuestros institutos jurídicos sino que enfrenta una consideración moral y espiritual muy seria. Por eso que toda esta discusión que se ha desatado alrededor del art. 19 y la norma *ad hoc* que pretende legislar sobre la protección del embrión no implantado, ha perdido ya relevancia, Porque cualquiera sea su normativa y cualquiera hubiera sido la redacción del art. 19 esa protección del embrión no implantado es irrelevante si por una decisión unilateral de la madre puede interrumpir su embarazo. Además el Protocolo dice que esa decisión no puede ser contradicha ni siquiera conversada por los profesionales que participan ni tampoco por los familiares más cercanos, aun por su marido. El médico está obligado a una confidencialidad absoluta y solamente tiene que decirle a sus progenitores o tutores cuando la madre tiene menos de 14 años. Si supera esa edad le está prohibido exponer ante la solicitante del aborto cualquier consideración de orden mo-

ral, espiritual que pueda llevarla a modificar su decisión. En caso que el médico no consiga inmediatamente otro profesional que practique el aborto, está él obligado a hacerlo.

Estos comentarios no tienen que ver con la exposición pero creo que es muy importante tenerlos en cuenta en este momento cuando una legislación que ha sido sometida a intensa discusión en el Congreso, que es el resultado de una comisión redactora del Código, se borra inmediatamente, ni siquiera por una resolución sino por un Protocolo, pero que tiene alcance nacional y que resulta obligatorio para los profesionales que presenten objeción de conciencia.

*Académico Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

Es muy interesante su intervención. Al respecto, me parece que establecer algunos principios respecto de la cuestión del embrión son interesantes, o podrían ser de utilidad para resolver la hipótesis que usted está planteando, la hipótesis del aborto, porque como los derechos no son absolutos uno podría excusar el cumplimiento de alguno si hay razones válidas, justificatorias, que así lo determinen. De ahí que incluso el derecho a la vida pueda ser excusado en determinados supuestos. Ahora bien, lo que acabo de señalar supone una determinada lógica: supone que existe un derecho a la vida, que puede ser excepcionado en casos muy puntuales, lo cual es muy distinto a afirmar que existe un derecho al aborto o un derecho a la muerte. Creo que se trata de dos modos distintos de enfocar la cuestión. El primero, que es el que reputo correcto, puede excepcionar la vida por ejemplo en el caso de que un testigo de Jehová quiere ser coherente con su cosmovisión religiosa y por mantenerla puede eventualmente perecer. De igual modo, uno podría considerar como en la hipótesis del art. 86 inciso 1º del Código Penal que ante una situación de grave riesgo para

la vida de la madre, existiendo dos bienes jurídicos de análogo rango (vida de la madre y vida del feto), uno puede excepcionar un bien y favorecer otro. Pero una cosa es decir que se trata de excepciones a un derecho y otra cosa es decir que hay una libertad absoluta a tomar cualquier decisión de esta naturaleza. Creo que son dos líneas de razonamiento diversas.

Si se me permite, me había quedado pendiente una observación que había hecho el académico Quintana respecto del control de convencionalidad. Ese es un tema interesante, muy de los constitucionalistas. Al respecto, simplemente señalo que se viene desarrollando una tesis con bastante predicamento entre los constitucionalistas, diría que la mayoría parece haberla asumido (pienso, por ejemplo, en el profesor Sagües, con quien he discutido al respecto; no es ese el pensamiento de la académica Gelli, que lamentablemente no está y tampoco, creo, el del académico Vanossi), de que habría como una prevalencia o superioridad jerárquica de la convención, o de las convenciones, respecto de la Constitución, con lo cual la Constitución vendría a quedar sometida a la convención. Y en lo que concierne concretamente al Pacto de San José se sostiene la tesis de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana con carácter *erga omnes*. En mi opinión, por el contrario, el art. 68 punto 1 del Pacto de San José expresa que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados parte que hayan participado de la controversia, por lo que el texto no tiene el alcance que pretende darle esta interpretación y del que surgiría que las decisiones de la Corte Interamericana tendrían efecto *erga omnes*. La precedente discusión tiene incidencia en el tema que estamos teniendo en este momento, pues la Corte Interamericana en el precedente “Artavia Murillo” dijo, a propósito de una norma de Costa Rica sobre fertilización asistida, que la concepción principia en el seno materno, por lo que, por exclusión, el embrión no es persona. De ahí, entonces, quienes defienden aquí en la Argentina la tesis de la obligatoriedad de las decisiones del tribunal interame-

ricano con carácter *erga omnes* concluyen que esa decisión es vinculante para la República Argentina. Por mi parte, en sintonía con lo expuesto por el Prof. Bianchi, la académica Gelli y, desde luego, el académico Vanossi, es la tesis que podríamos llamar “clásica”, a saber, la tesis de la superioridad de la Constitución sobre las convenciones y la de la obligatoriedad no *erga omnes* de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es que ni siquiera las decisiones de la Corte Suprema tienen carácter *erga omnes*, pues ésta resuelve casos, y ella misma ha dicho en numerosas ocasiones que sus decisiones no son más obligatorias que para ese caso. Y los tribunales de la República perfectamente pueden apartarse de las decisiones de la Corte, con la única salvedad –recomienda la Corte– de que deben dar razones y argumentos que justifiquen por qué se apartan en el caso que tienen que resolver del *holding* que ha especificado la Corte. Con lo cual si las decisiones de la Corte Suprema carecen de efecto *erga omnes*, como la de cualquier tribunal, *a fortiori* las de la Corte Interamericana máxime si las convenciones tienen rango constitucional, es decir tienen estatuto constitucional sí y sólo sí resguardan los principios de derecho público constitucional que están especificados, o a los que hace referencia el art. 27 de nuestra Carta Magna. Y para cerrar este tema, y las deliciosas contradicciones que ofrece el nuevo código, señalo, simplemente como una nota de color, que si consideramos los dos comentarios más acreditados del nuevo Código, el Código Comentado por la editorial La Ley y el Código comentado de la editorial Rubinzal Culzoni, el lector advertirá que en este último se afirma, con sustento en lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “la persona principia en la concepción en el seno materno”, y que esa decisión es vinculante para la República Argentina. Por el contrario, en el primero, se lee que “la persona principia con la concepción” sin más y que lo decidido por la Corte Interamericana carece de efectos *erga omnes* con lo cual cualquier espectador advierte rápidamente el nivel de fragmentación que tiene la sociedad argentina respecto de este punto.