

LA SALUD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Sandra M. WIERZBA**

I. ¿Por qué el nuevo Código unificado contiene disposiciones vinculadas a la salud humana?

Los códigos civiles del siglo XIX cumplieron con la función de reunir en forma sistemática el conjunto de normas referidas a las relaciones privadas entre los hombres, refiriéndose sólo tangencialmente a los derechos fundamentales. Interesados en regular los negocios jurídicos patrimoniales, las relaciones familiares y los derechos y deberes de las personas en conexión con aquéllos, no asignaban un espacio explícito a las cuestiones vinculadas a la salud humana. Ello resultaba de toda lógica en un mundo donde la medicina como disciplina científica y la salud pública como concepto estaban en una etapa germinal. Por ello, el código de Vélez carecía de referencias concretas a esta materia.

Durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI, la humanidad asistió a profundos y vertiginosos cambios que afectaron los más variados campos del conocimiento. En el ámbito de la ciencia y de la salud sobran los ejemplos: los avances en materia de investigación en seres humanos, la genética aplicada a la terapéutica, los trasplantes de órganos y la concepción de personas mediante métodos de fertilización asistida son sólo algunas muestras de cómo aquello que antaño entraba en el terreno de la

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctora (UBA), área Derecho Privado. Profesora Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Profesora de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina y Universidad del Museo Social Argentino. Integrante de la Comisión de Bioética, Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012. Representante por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Comisión Asesora del Consejo Nacional de Bioética y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, desde 2012. Especialista en Ciencias Sociales, con mención en Lectura, Escritura y Educación (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Directora del Proyecto UBACyT "Lectores para la Justicia".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

ficción se volvió posible, adentrándose significativamente en la realidad cotidiana de las personas, modificando las conductas sociales y comenzando a circular en el saber común. En tal contexto, no sorprende que la protección prioritaria del Derecho a la Salud comenzara a ocupar un lugar trascendente en las normas fundamentales que rigen los destinos de las naciones. En la Argentina, su consagración tuvo lugar con la reforma constitucional producida en 1994.

Ahora asistimos a la histórica entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que propone la comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina, dando lugar a aquello que se ha dado en llamar “constitucionalización” del Derecho Privado. Ello supone, necesariamente, el tratamiento por este cuerpo legal de cuestiones relevantes en materia de salud que se introducen bajo variadas figuras que competen a su parte general, a las relaciones de familia y también a los derechos personales.

II. Las normas sobre salud en particular

El tratamiento del tema es extenso y transversal, en ocasiones implícito y en otras, más explícito. Sin embargo, veamos algunos casos especialmente relevantes.

a) Comienzo y fin de la existencia de la persona humana

Los progresos científicos han impactado fuertemente en la definición de estos dos momentos trascendentes. Y, según observaremos, la nueva ley se refiere a cuándo se produce el comienzo de la existencia de las personas (art. 19), en un concepto que sigue generando todo tipo de controversias; no definiendo las circunstancias de la muerte, sino a las formas de su comprobación (arts. 93 y 94).

El artículo 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield disponía que “[d]esde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”. Seguramente el gran codificador no imaginó las implicancias que su definición importaría, sin

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

duda acotadas entonces en función del estado del conocimiento médico de la época.¹ Ya en el siglo pasado algunas de las convenciones internacionales de Derechos Humanos que en la Argentina hoy cuentan con rango constitucional, regularon esta cuestión. El Pacto de San José de Costa Rica (1969) dispuso que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley [...], a partir del momento de la concepción" (art. 4.1). Tiempo después, la Convención de los Derechos del Niño (1989) expresó: "[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad" (art. 1), regla que motivó una posterior reserva de nuestro país, en el sentido que se entendía por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad" (art. 2, ley 23.849) y que luego fuera considerada "meramente interpretativa" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "F. A. L." (Fallos 335:197). Se evidenció así la controversia comprometida.

La comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, atendiendo sin duda a la conflictividad de la materia, optó por conservar la letra del artículo 70 original, agregando una regla para los casos de técnicas de reproducción humana asistida.² De este modo, el Anteproyecto y luego el artículo 19 del Proyecto expresaban: "[l]a existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". La disposición fue criticada por quienes consideraron que desprotegía la vida de los embriones no implantados, de un lado,³ y por quienes interpretaron que cerraba las puertas para el reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo en forma gratuita, legal y segura, de otro (LUNA, 2012a).

1 Sólo así se entiende que su par chileno, Andrés Bello, propusiera en un Código contemporáneo en el que "[l]a personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" (artículo 30, Cód. Civ. de Chile, aún vigente). En sentido similar, hoy se expresan el Código Civil de Brasil (art. 2) y el Código Civil de España (art. 29), entre otros, que de todos modos protegen los derechos del por nacer desde la concepción.

2 Tales prácticas no sólo son habituales en nuestro medio, sino que están protegidas por normas que obligan a su financiamiento, por parte de las prestadoras de servicios de salud (por ejemplo, ley 26.862).

3 En las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, septiembre de 2013), la Comisión 1 concluyó de *lege lata* y por mayoría que "[c]omienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno", propiciándose dicha redacción para el caso de reforma de la ley civil.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Finalmente, en base a una modificación introducida por el Poder Legislativo de la Nación, el nuevo artículo 19 del Cód. Civ. y Com. establece que “[l]a existencia de la persona humana comienza con la concepción”, en un giro que restringe incluso la letra del Código Civil de Vélez Sarsfield y podría colocar a variadas prácticas de fertilización asistida ya instaladas en nuestro medio en un estado de dudosa licitud, de no existir otro cuerpo de normas que aplican un criterio contrario. En este sentido, se observa que el flamante artículo 19 entra en conflicto con el nuevo artículo 560, que exige la renovación del consentimiento informado toda vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones, y con el artículo 562, que consagra la voluntad procreacional como fundamento de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, entre otras disposiciones también surgidas del Anteproyecto, pero no reformuladas por el Congreso.

Además, de acuerdo a la doctrina del precedente “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” (CIDH, 2012), que puede considerarse de aplicación obligatoria para la Argentina, en función del proceso de “constitucionalización” y “convencionalización” del Derecho Privado que el propio Código Civil y Comercial preconiza, el embrión no implantado no es “persona”, identificándose la idea de “concepción” con la de “anidación”⁴ y reconociéndose tanto el derecho a procrear como a no hacerlo. Con ello, la máxima instancia de la región en materia de Derechos Humanos no sólo habría legitimado la reproducción humana asistida, sino avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y a la interrupción del embarazo (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM, 2013).

Ahora bien, ante las extensas controversias a las que este tema da lugar, que interesan también a la ciencia, a la ética y a la filosofía, entre muy variadas disciplinas, cabe preguntarse concretamente cuáles son los alcances y efectos de las disposiciones comentadas.

⁴ En las jornadas precedentemente mencionadas, la minoría de la Comisión 1 entendió que “[c]omienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como implantación en el seno materno”, aclarándose que “no es jurídicamente necesario ser persona para lograr la protección del ordenamiento jurídico. El pre-embrión se encuentra en un *status* objeto de una tutela jurídica especial por su potencialidad de serlo. Se deben dictar normas que regulan su tratamiento y conservación”.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

En materia penal, cualquiera que sea la postura que se adopte, la calificación de un aborto como no punible resultará acorde a normas como los artículos 85 a 88 del Código Penal (ley 11.179, t.o. de 1984), que podrían ampliarse a otros supuestos por razones de política legislativa. En cambio, luce más compleja la posibilidad de adoptar un sistema que habilite la interrupción voluntaria del embarazo por decisión de la mujer, a tenor del citado nuevo artículo 19.

En materia civil, la lógica exige que el inicio de la existencia de la persona humana determine el reconocimiento de los derechos civiles tradicionales: si ello sucede desde la concepción y se identifica tal concepto con la unión de gametos,⁵ deberá considerarse al embrión conservado en un laboratorio como "persona", atribuyéndosele derechos sucesorios y en su caso, alimentarios. También habrá que reconocer un derecho de reparación a sus sucesores, en caso de su destrucción accidental. Asimismo, interesarán los derechos personalísimos y humanos de ese sujeto: a la vida, debiendo garantizársele su viabilidad mediante una manipulación que signifique su implantación en una mujer; y a la salud (debiendo considerarse si resulta o no aceptable el diagnóstico *pre-implantacional* y con qué alcances, entre otras cuestiones), lo cual deviene materialmente impracticable.

Acerca del fin de la existencia humana, de acuerdo al nuevo artículo 94, "[l]a comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver". A pesar de su complejidad, la cuestión queda mejor resuelta que aquella que compromete el inicio de la existencia de la persona humana, pues con relación al diagnóstico del fin de la vida, el Código Civil y Comercial es coherente en sus propias disposiciones y con las normas de la legislación especial (arts. 61, 93 y 94, Cód. Civ. y Com.; ley 24.193 y complementarias). Y esta regulación tiene sentido en estos tiempos, donde el trasplante de órganos cadavéricos sigue siendo una opción de tratamiento, indispensable en ciertos casos, y donde aún muchas personas fallecen en una lista de espera, por insuficiencia de donantes.

⁵ Evidentemente, éste ha sido el criterio aplicado en los autos "P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias", CNCIV., Sala J, 13/9/11, elDial.com - AA6F4B; que los nuevos artículos 560 y 562, Cód. Civ. y Com., vienen a controvertir.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

A mediados de la década del '50 del siglo pasado, cuando surgieron casi simultáneamente las unidades hospitalarias de cuidados intensivos y los procedimientos de trasplante de órganos, apareció la consecuente necesidad de establecer nuevos criterios de comprobación del fallecimiento. Ello fue así cuando se llegó a la conclusión de que “[u]n individuo que ha sufrido tanto el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria como el cese irreversible de todas las funciones del cerebro en su totalidad, incluyendo el tronco cerebral, está muerto”,⁶ criterio que luego fue acogido en la legislación especial (por ejemplo, ley 24.193 y disposiciones complementarias); y, en tanto la ablación de órganos como el riñón o el corazón, no resulta posible cuando la muerte fue ya determinada de acuerdo al tradicional criterio cardio-respiratorio. Pero la idea de que un individuo recostado en la cama de un nosocomio, respirando y con un corazón latente, no sea ya la persona a quien hemos amado sino los restos mortales que de ella quedaron, resulta por lo general incomprensible, no sólo para legos. La explicación en el sentido de que la ciencia permite conservar funciones vitales específicas en cuerpos de personas fallecidas por un tiempo limitado, resulta demasiado abstracta y humanamente difícil de interpretar ante lo que parece ser la imagen de una persona dormida (WIERZBA, 2013). A su vez, la popularización del concepto de “muerte cerebral” (MOLLARET y GOULON, 1959), fórmula que los especialistas califican de inapropiada y desafortunada, fue responsable de una confusión conceptual que llega a nuestros días y que promueve la identificación entre personas vivas en estado vegetativo persistente y cuerpos de fallecidos que se sostienen artificialmente en una sala de cuidados intensivos (RAVIOLI, 2012). Tal confusión llevó incluso a considerar la existencia de dos tipos de muerte: aquella tendiente a conseguir órganos para trasplantes y la otra, la general, que afecta a la mayoría de los seres humanos.

Hoy existe consenso entre los expertos médicos en el sentido de que el fenómeno de la muerte es único y que aquellos que varían son los criterios para su diagnóstico. Antaño solo se reconocía el criterio cardiovascular y respiratorio; hoy día también se admite el neurológico y en el futuro, tal vez otros (RAVIOLI, 2012: 223). Y la disposición bajo análisis intenta aclarar esta cuestión, al establecer que la comprobación de la muerte se hará de conformidad con los estándares médicos aceptados, reconociendo en la normativa de trasplantes uno de esos estándares,

6 “The medical consultants on the diagnosis of death to the President’s commission for the study of ethical problems in Medicine and biomedical and behavioral research. Guidelines for the determination of death” (JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, 1981, 246: 2184-6).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

especialmente relevante por su carácter legal. Se procura así evitar la imposición del criterio individual de los magistrados o de los peritos médicos que deban intervenir en un caso, que —por desconocimiento o prejuicio y obrando en la urgencia— podrían desautorizar la ablación de órganos del cadáver de un dador, provocando la innecesaria muerte de un receptor, como ya sucediera reiteradamente en el pasado.

b) Derechos personalísimos estrechamente vinculados a la salud humana

Se ha definido a los derechos personalísimos como derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical (CIFUENTES, 1995). Fueron tratados aisladamente por la doctrina y la legislación comparada en el siglo XIX, pero sistemáticamente consagrados en el siglo XX, en normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto de San José de Costa Rica (1969) y, más tarde, en otros textos sustanciales como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005). Se generó entonces un verdadero Derecho Internacional protectorio de los derechos de la personalidad, que influyó significativamente en las legislaciones locales y en la concepción misma de estas figuras.

Estos derechos fueron extensamente tratados por nuestra doctrina y jurisprudencia, pero ahora se observa su reconocimiento explícito en variadas normas, donde su asociación a figuras específicas permite en alguna medida despejar su vaguedad y la disparidad de criterios que encierran. Así, por ejemplo, más allá de reconocerse el derecho personalísimo a la dignidad como un verdadero "paraguas" bajo el cual se cobijan todos los derechos fundamentales (BERGEL, 2015), al hacerse referencia a la inviolabilidad de la persona humana (art. 51, Cód. Civ. y Com.); ésta se vincula con las lesiones a la intimidad personal o familiar, la honra o reputación, la imagen o la identidad (art. 52). A su vez, la protección a la integridad y a la vida se vinculan a la inexigibilidad de cumplimiento de contratos que tengan por objeto la realización de actos peligrosos, salvo excepciones (art. 54). Y la protección de la integridad se consagra con límites relacionados con el beneficio de la salud de la propia persona (p. ej., amputación de un miembro para salvar la vida de una persona) o de un tercero (p. ej., donación entre vivos con fines de trasplante) (art. 56).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho personalísimo a la autonomía de la voluntad —asociado a figuras de gran importancia actual como el consentimiento informado (art. 59), las directivas anticipadas (art. 60), las prácticas de genética médica (art. 57) y la investigación en seres humanos (art. 58)— constituye sin duda el núcleo de las disposiciones sobre salud contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que comentaremos seguidamente.

c) Consentimiento informado

Hemos definido al consentimiento informado como la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto (HIGHTON y WIERZBA, 2003). El nuevo Código refiere a esta figura (art. 59), recogiendo en esencia aquella definición y exigiendo su implementación como paso previo a todo tratamiento clínico o procedimiento quirúrgico —salvo disposición legal en contrario—. Además, se detiene en algunos de sus aspectos críticos, como qué y cuanto debe informarse, a cuyo respecto sigue la letra de la ley 26.529 (“Ley de Derechos del Paciente”), actualizada conforme ley 26.742 (“Ley de Muerte Digna”).

No obstante, el código unificado es más flexible en materia de representación, ya que ante la falta de aptitud de una persona para otorgar el consentimiento informado admite que lo haga su representante legal, apoyo, cónyuge, conviviente, pariente o allegado que lo acompañe, superando el régimen rígido previsto por la citada legislación especial (art. 6, ley 26.529). Y si bien tal representación se prevé para casos de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del interesado, cabe interpretar que se aplicará a las distintas situaciones en las que el enfermo se vea impedido de expresar su voluntad, ya que la emergencia constituye justamente una excepción a la exigencia del consentimiento informado.

En cuanto a la aptitud o competencia para recibir información y tomar decisiones sobre el propio cuerpo, se acoge el concepto de autonomía progresiva, arraigado ya en las convenciones de derechos humanos. Así se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos, atribuyéndoseles mayor poder de decisión según su edad y grado de madurez. En este sentido, el artículo 26 presume que los menores entre trece y dieciséis años tienen aptitud para decidir sobre tratamientos médicos

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

no invasivos, ni especialmente riesgosos, y si lo fueren, también pueden decidir pero con la asistencia de sus padres. A partir de los dieciséis años de edad se consideran adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Se trata de presunciones *iuris tantum*, que cuentan con antecedentes en la legislación especial local (p. ej., de salud reproductiva), especialmente valiosas en situaciones en las que los jóvenes concurren a la consulta solos, porque no hay adultos a cargo o porque existen conflictos insalvables con ellos. Sin embargo, pensamos que deben aplicarse con cautela, en función de la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de una misma edad. Además, en cuanto la autonomía progresiva tiene en consideración el interés superior de los niños y adolescentes, no debería constituir una vía para imponerles responsabilidades para las que no estén preparados (WIERZBA, 2012).

También exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos y los que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distinción. Además, si de la definición de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años para decidir un tratamiento médico en forma autónoma, se impone una mirada aun más cuidadosa, teniendo en cuenta que su interés superior y la responsabilidad parental son principios también concernidos en forma esencial.

Además, el nuevo Código sigue los principios contenidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), acogida en la ley 26.378, para el caso de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. La ley presume su capacidad, admitiendo la aplicación de limitaciones de carácter excepcional que hagan al beneficio del afectado, previo examen interdisciplinario, y sujetas a revisión periódica. La sentencia que se dicte en su caso será "a medida", especificando qué funciones y cuáles actos serán objeto de restricción (art. 38), pues la idea es garantizar el mayor grado de autonomía posible. Se prevé además la designación de los apoyos correspondientes, que consistirán en "[c]ualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general" (art. 43). Es así que las personas que padecen limitaciones como las citadas se presumen

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

competentes para recibir información y tomar decisiones sobre su salud, pudiendo asistirlos (o, en casos extremos, representarlas) su cónyuge, conviviente, pariente, allegado que lo acompañe o, en su caso, su representante legal o apoyo, si no estuvieren en condiciones de expresar su voluntad (art. 59).

d) Directivas anticipadas

Se regulan también las llamadas “directivas anticipadas” (art. 60), que fueran definidas como ciertas manifestaciones valorativas de los pacientes, que son expresión de cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso en que no estuvieren en aquel momento (futuro, hipotético), en condiciones de manifestarse adecuadamente (MANZINI y TINANT, 2008). De acuerdo a la experiencia habida en la Argentina, mediante tales disposiciones la persona no intenta provocar su muerte, sino sólo la humanización del proceso de morir o bien su cuidado en base a tratamientos médicos aceptables en función de sus convicciones más íntimas (p. ej., negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas).⁷ Es así que, al menos en una de sus expresiones más características, las directivas bajo estudio se vinculan al llamado “ensañamiento terapéutico”.

El artículo 60 del nuevo código establece que “[l]a persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”. Se establece así una excepción al principio de autonomía progresiva, exigiéndose plena capacidad para el otorgamiento de este tipo especial de consentimiento informado. Se admite además la designación de un mandatario que podrá en su caso decidir qué es mejor para el afectado, no sólo en base a la opinión previamente expresada por éste, sino a sus propias convicciones.⁸

⁷ Ver por ej.: “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, A. 523. XLVIII. REX; 01-06-2012; Fallos 335: 799.

⁸ Se amplían así las facultades decisorias de los representantes así designados, que por ejemplo, quedaran bien restringidas en el caso “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, fallo de la Corte Suprema de Justicia del 07.07.2015.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

Finalmente, a diferencia de la Ley de Derechos del Paciente, el nuevo código no exige formalidades para este caso, solución que interpretamos como una flexibilización necesaria, en un contexto donde en variadas instituciones médicas, las directivas anticipadas se implementan mediante procesos cuidados y participativos, sobre los cuales ya existe una probada experiencia. Así, *pueden* implementarse estos procedimientos mediante la intervención de operadores del derecho (p. ej., escribanos), si así lo desea el emisor de la directiva, mas no *deben* intervenir como requisito de validez de estos actos.

e) Investigación en seres humanos

Los tratamientos experimentales siempre suponen la tensión entre intereses y valores, además de la búsqueda de un equilibrio en el sendero hacia a la consecución del más alto nivel posible de salud comunitaria e individual, en el que el respeto por la dignidad de las personas constituye un aspecto esencial a considerar. Existe una larga trayectoria en la regulación de estos procedimientos, en la que se destacan el "Código de Nüremberg" (1948), las Declaraciones de Helsinki (1964-2008), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), entre variados documentos internacionales. En nuestro país, si bien existen antecedentes como la Ley sobre Investigación en Salud de la Provincia de Buenos Aires (ley provincial 11.044/91), la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 153 de la CABA, con variadas normas referidas al tema) y minuciosas disposiciones de Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (disposiciones 6677/2010 y 1480/2011), no se ha logrado aún el dictado de una ley específica de aplicación nacional.

De allí, la trascendencia del nuevo artículo 58 del Código Civil y Comercial de la Nación, que en una única disposición recoge los requisitos más relevantes que debe respetar toda experimentación con seres humanos, que incluyen la descripción clara del proyecto y método a aplicar en el protocolo, que contemple una cuidadosa comparación de riesgos y beneficios previsibles para el sujeto; su aprobación por un comité de ética y por el organismo público de contralor; la exigencia de formación y calificación de los investigadores; el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico del sujeto participante —revocable— y el resguardo de la intimidad y confidencialidad de sus datos personales, además de la garantía de participación no onerosa y atención médica apropiada para los participantes. A su vez, al asegurarse

la disponibilidad y accesibilidad a los participantes de los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos —a cargo del patrocinante, según se viene interpretando—, nuestro sistema legal supera las críticas efectuadas a la versión 2008 de la Declaración de Helsinki, que suprimió este tipo de protección.

La experimentación en niños, niñas y adolescentes y, asimismo, en personas con discapacidad no queda vedada, siempre y cuando se obtenga su consentimiento informado, prestado con los apoyos necesarios (art. 59). Es que estas investigaciones pueden resultar valiosas cuando generen conocimientos significativos para beneficiar a los citados grupos humanos, siempre que sean éticamente adecuadas y bien conducidas.

En particular, el Código prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57). En cambio, en el Anteproyecto se admitía también aquellas prácticas destinadas a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas (art. 57, proyecto de reforma). Acaso los limitados progresos producidos con relación a la temática específica referida en la norma, sumados a los temidos riesgos que encierran estas prácticas experimentales, justificaron el cambio.

f) El cuerpo humano y sus partes como “bienes”

Al regularse la categoría de derechos y bienes, aparece una verdadera novedad: la referencia al cuerpo humano y a sus partes. Concretamente, se establece allí que los derechos sobre aquellos “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” (art. 17)

Cabe interpretar que el cuerpo de las personas y sus partes serán desde ahora bienes extrapatrimoniales, asiento de los derechos personalísimos y susceptibles de disposición para satisfacer los valores señalados por la ley, aunque puedan tener repercusiones patrimoniales (p. ej., indemnizaciones de daños). Tales valores resultan ostensibles en casos de donaciones de órganos entre vivos, basadas en un vínculo familiar (art. 15, ley 24.193), primando el valor afectivo; en las donaciones presuntas de órganos cadavéricos y de sangre (art. 62, ley 24.193, y ley

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

22.990), donde se destaca el valor terapéutico y social y en los exámenes del cuerpo luego del fallecimiento, denominados "necropsias", donde prevalece el interés científico.

Sin embargo, el artículo 17 debería funcionar como límite, de tal modo que las partes separadas del cuerpo no puedan ser fácilmente apropiadas, patentadas y comercializadas ante los avances científicos y tecnológicos que resignifican su "utilidad". Así las cosas, frente a las posturas hoy día en conflicto en el Derecho comparado, que de un lado admiten la abierta valorización económica de estos bienes⁹ y, de otro, promueven la inviolabilidad del cuerpo humano y la nulidad de los contratos que tengan como finalidad conferir un valor patrimonial a éste o a sus partes¹⁰ (BERGEL, 2014; HIGHTON, 2015), nuestro código se estaría pronunciando en este segundo sentido.

III. Corolario

En este breve recorrido por algunas de las novedades sustanciales del código unificado, se observa la aparición de reglas que atañen a la salud, referidas a los momentos más trascendentes de la existencia de las personas, a sus derechos personalísimos y a ciertos tratamientos médicos que, por sus características, requieren de una mirada jurídica y bioética insoslayable. Plenas de sentido, aunque no exentas de contradicciones, sin duda, tales normas marcarán un rumbo ante los desafíos y los debates que los avances científicos y tecnológicos imponen hoy al ser humano.

Bibliografía

BERGEL, S. (2014) "Enfoque ético-jurídico de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre patentabilidad de genes humanos", *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasil, 2014; 22 (1): 18-27, disponible al 15.07.15 en [<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a03v22n1.pdf>].

⁹ Esa postura puede colegirse de la decisión tomada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics, inc., et al." (13.06.2013), disponible en [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf] al 16.07.2015.

¹⁰ Arts. 16.1, 16.5, Cód. Civil de Francia, incorporados por ley 94-653 del 29.07.1994, entre otros.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

— (2015), *Conferencia dictada en Fundesi*, 29.04.2015.

CIFUENTES, S. (1995) *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea.

HIGHTON, E. (2015) “Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, texto distribuido el 07.04.2015, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de la presentación del nuevo Código unificado, ap. 25.3 sobre “El cuerpo humano”, en el que se indica “Para la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores”.

HIGHTON, E. y WIERZBA, S. (2003) *La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado*, Buenos Aires, Ad Hoc.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2013) “Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28.11.2012”, en *Microjuris* del 6 de febrero de 2013, consultado en [aldiaargentina.microjuris.com] el 15.07.2015

LUNA, F. (2012a) “El aborto, eje del debate”, en *Página 12* del 13.05.2012, consultado en [<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/193896-58997-2012-05-13.html>] el 17.07.2015

— (2012b) “¿Cuánto de progresismo hay en el nuevo Código Civil?”, *Diario Clarín* del 28 de noviembre de 2012, consultado en [clarin.com/opinion/progresismo-nuevo-Codigo-Civil.html] el 17.07.2015

MANZINI, J. y TINANT, E. (2008) “Las directivas anticipadas”, en GARAY, O. (coord.) *Bioética en medicina*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 299-331.

MOLLARET P. y GOULON, M. (1959) “Le coma dépassé”, *Revue Neurol* 101:3-15, 1959. En sentido similar, Informe del Comité de Harvard conocido como “A Definition of Irreversible Coma”, *Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, en *Journal of American Medical Association*, N° 6, Aug 5, 206: 85-88, 1968.

RAVIOLI, J. (2012) “La muerte: problema médico legal. Diagnóstico de muerte”, en *Derecho Penal*, año 1, número 2, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 215-52. Texto completo disponible en [http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf120131-ravioli-muerte_problema_medico_legal.htm;jsessionid=nzfnjg9n1yqdw9brexzmckwq?0] al 17.07.2015.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

WIERZBA, S. (2015) "La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", pp. 4-18.

WIERZBA, S. (2012) "Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", *Derecho Privado*, año 1, número 2, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 119-138. Texto completo disponible en [<http://www.infojus.gob.ar/sandra-wierzba-adolescentes-decisiones-sobre-su-salud-anteproyecto-reforma-codigo-civil-comercial-nacion-dacf120179/123456789-0abc-defg9710-21fcanirtcod>] al 17.07.2015.

— (2013) "Las intermitencias de la muerte de José Saramago: Una senda para reconsiderar dilemas esenciales vinculados al Derecho a la Salud", *Diario La Ley – Suplemento Actualidad* del 2 de julio de 2013, Buenos Aires, La Ley. Versión actualizada en inglés: "Saramago's Death with Interruptions: A path to reconsider essential dilemmas linked to Health Law. Oñati Socio-legal Series [online], 4 (6), 1241-1253, Nov. 7, 2014, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2520437] al 16.07.2015.