

**Ponencia del Centro de Bioética, Persona y Familia**  
**Para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación**  
**de los Códigos Civil y Comercial**

**Director: Dr. Jorge Nicolás Lafferriere**

**Ponencia**

**Libro I**

- Reemplazar el **artículo 19** del proyecto por el siguiente: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno”*.
- Reemplazar el **artículo 21** por el siguiente: *“Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones patrimoniales del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. El nacimiento con vida se presume”*.
- Reemplazar el **artículo 57** del proyecto por el siguiente: *“ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”*.

**Libro II**

- Reemplazar el **artículo 562** del proyecto por el siguiente: *“Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”*.
- Reemplazar el **artículo 563** por el siguiente: *“Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”*.
- Reemplazar el **artículo 638** por el siguiente: *“Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral desde la concepción y mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”*.

**Libro V**

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

**Libros II, V y VI**

- Eliminar las referencias a las **técnicas de reproducción humana asistida** del proyecto de Código Civil contenidas en los siguientes artículos: 529 (Parentesco. Concepto y terminología); 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento); 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida); 561 (Voluntad procreacional); 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida); 566 (Presunción de filiación); 567 (Situación especial en la separación de hecho); 569 (Formas de determinación); 570 (Principio general); 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida); 577 (Inadmisibilidad de la demanda); 582 (Reglas generales); 588 (Impugnación de la maternidad); 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley); 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley); 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley); 593 (Impugnación del reconocimiento); 2430 (Caso de adopción); 2631 (Jurisdicción); 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero)

## **Fundamentos**

### **A. EL DOBLE RÉGIMEN DE COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012**

**La definición del comienzo de la persona humana propuesta por el Proyecto 2012 importa una restricción de derechos en relación a la situación actual de los embriones. Hoy hay acuerdo doctrinario en que los embriones humanos son personas, ya sea dentro o fuera del seno materno. De sancionarse el proyecto, se les habría quitado tal reconocimiento.**

#### **1. ¿Qué dice el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial sobre este tema?**

El proyecto de reforma que propone la unificación del Código Civil y Comercial de la República, dispone en su artículo 19 lo siguiente:

*"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".*

Se propone un doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada: si fue por medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación) la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto denomina "técnicas de reproducción humana asistida", la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano.

En consecuencia, los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedarán arbitrariamente desamparados a pesar de la insuficiente referencia que se hace en la última parte del artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección.

#### **2. ¿El derecho civil reconoce la personalidad al ser humano o la concede?**

El primer punto a considerar es el referido al sentido mismo de la noción de persona humana en el Código Civil. Se trata de determinar si la personalidad jurídica del ser humano es una herramienta en manos del legislador para utilizar en función de ciertos intereses u objetivos o si, por el contrario, se trata del reconocimiento de una realidad preexistente.

##### **a) La persona humana en el proyecto 2012 a la luz del proyecto 1998**

Sobre el punto de la noción de persona humana, el Título I sobre la Persona Humana del Libro I dedicado a la Parte General del proyecto 2012 no contiene, a diferencia del Código Civil de Vélez Sarsfield ni definición de persona (actual artículo 30), ni definición de persona humana (actual artículo 51 sobre la persona física o de existencia visible). Se afirma en los fundamentos del proyecto 2012 lo siguiente: "El Libro Primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la

denominación "persona humana" y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente".

**Proyecto de 1998:** Inicialmente, nos atuvimos a la literalidad de lo expresado en este primer párrafo de los fundamentos y supusimos que esta opción legislativa de no incluir una definición de persona se alineaba con el proyecto de 1998 que expresamente afirmaba: "no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin".

**Fundamentos del proyecto 2012:** Sin embargo, en la versión final de los fundamentos del proyecto 2012 se agregaron algunas frases que complicaron la interpretación. Mientras que, para el proyecto de 1998 el derecho civil no crea la personalidad, sino que la reconoce porque "es una noción que proviene de la naturaleza", para el proyecto 2012 "dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil".

Para entender el agregado, creemos que en este punto existe un fuerte y evidente condicionamiento de intereses que quieren incidir en el inicio de la vida, pues en otros artículos del proyecto y en otras partes de los fundamentos se enfatiza la centralidad de la dignidad humana y los derechos fundamentales en la propuesta legislativa y se abandona esa postura tan marcadamente positivista. Sobresale el artículo 51 cuando afirma: "*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*".

#### **b) La incompatibilidad con las normas de derecho constitucional sobre el reconocimiento de la personalidad a todo ser humano**

Una de las grandes conquistas de los derechos humanos es la identificación entre ser humano y persona<sup>1</sup>. La posibilidad de introducir distinciones en virtud de las cuales ciertos seres humanos no serían personas es extraña en el contexto del derecho comparado actual pero no resulta novedosa en términos históricos.

Décadas atrás, algunos Estados negaron a ciertos grupos de personas su carácter de tales en función de su color de piel o de la religión que profesaban. Por ejemplo, "en la *Canada Indian Act* de 1880 se sostenía que 'persona significa un individuo distinto a un indio'. En la *Canada Franchise Act* 1885 se definía una persona como 'una persona masculina incluyendo a un indio y excluyendo a una persona de raza de Mongolia o China'. En 1912, la Corte de Apelaciones de Columbia Británica sostuvo que las mujeres no eran personas y por tanto no eran elegibles para entrar en la profesión legal. En 1928 la Corte Suprema de Canadá excluyó a las mujeres de la definición de

---

<sup>1</sup> Ver ANDORNO, ROBERTO, "¿Todos los seres humanos son 'personas'? - El derecho ante un debate emergente", en *El Derecho*, Buenos Aires, 1998, Tomo 176, p. 766.

persona y sostuvo que las mujeres no eran elegibles para una designación en Senado de Canadá<sup>2</sup>.

La comunidad internacional reaccionó y condenó tales distinciones, afirmando que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*<sup>3</sup>. Igualmente, debemos mencionar:

- a) El art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948): “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”;
- b) El art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996), que dispone: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”;
- c) El art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que reconoce que “persona es todo ser humano” y que se complementa con el art. 3 que dice: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En estos textos con jerarquía constitucional en Argentina se establece que todo ser humano es persona y que la personalidad siempre tiene que ser reconocida jurídicamente.

### **c) Contradicciones al interior del proyecto 2012**

La concepción positivista de la persona subyacente en los fundamentos antes citados del proyecto 2012 resulta contradictoria con los mismos fundamentos cuando sostienen la *“constitucionalización del derecho privado”*: La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Pues bien, el mismo texto de los fundamentos del proyecto 2012 dice párrafos más abajo que la principal institución-noción-figura jurídica del código, la persona humana, sólo se regula a los fines del código y sin proyección sobre otros ordenamientos. Una clara y tajante división, incompatible con el declamado principio de constitucionalización del derecho privado.

---

<sup>2</sup> cfr. Lugosi, Charles, “Respecting Human Life in 21<sup>st</sup>. Century America: A Moral Perspective To Extend Civil Rights to the Unborn from Creation to Natural Death”, *Issues in Law & Medicine*, Volume 20, Number 2, 2005, p. 242.

<sup>3</sup> Artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [Último acceso: 11/07/2012].

Otra contradicción puede señalarse con los fundamentos del proyecto, al hablarse del cuerpo humano, se sostiene que una "concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana".

Así, si en el centro de las valoraciones jurídicas se encuentra la dignidad de la persona humana y su inviolabilidad, esa inviolabilidad exige que no sea manipulada o acomodada la definición de persona en función de intereses preexistentes, pues de otro modo la declaración del artículo 51 se convierte en letra muerta a merced de la decisión del legislador de turno.

Por ello creemos que el artículo 19 proyectado implica un claro retroceso en materia de derechos humanos.

### **3. ¿El comienzo de la personalidad condicionado a ciertos intereses previos?**

Hemos visto la contradicción existente al interior del proyecto 2012 en torno a la postura iusfilosófica que se asume sobre la persona humana. Mientras que para algunas normas, el ser humano siempre es persona, en los fundamentos y en la redacción del artículo 19 del proyecto 2012 es el legislador el que concede la personalidad en función de ciertos objetivos o intereses previos.

Creemos que esta contradicción se explica por la existencia de fuertes intereses condicionando la redacción del Código Civil en punto al inicio de la vida. Veamos a continuación cuál es el motivo decisivo para el doble régimen de inicio de la personalidad y los intereses subyacentes

#### **a) ¿Acomodar el inicio de la vida para permitir la experimentación con embriones humanos?**

En el audiencia pública del 14 de agosto de 2012 ante la Comisión Bicameral, Aida Kemelmajer reconoce que esta decisión sobre el inicio de la vida se realiza en función de algunos intereses previos, cuando afirma que "Es muy grave decir que el embrión no implantado es una persona porque –insisto– es lo mismo que decir que no hagamos reproducción humana asistida". Y citó un fallo del Tribunal Supremo de Brasil del año 2008 que legitimó la destrucción de embriones humanos para experimentación en base a una ley de Bioseguridad. Según esta posición, no se le niega esa categoría por razones ontológicas o jurídicas de peso, sino por motivos pragmáticos: si aceptáramos que son personas, entonces no podríamos tratarlos como lo hacemos en las prácticas de fecundación artificial o destruir a los que quedan congelados. Por lo tanto, para poder realizar las técnicas e intentar soslayar los problemas jurídicos y éticos que inevitablemente se plantean, se propone realizar un uso abusivo de la posibilidad del Derecho en cuanto a establecer categorías, negándose arbitrariamente al embrión humano el estatuto de persona.

De este modo, la definición del inicio de la persona en el proyecto de Código Civil no está redactada pensando en el ser humano en sí, sino como mero recurso legitimador de prácticas que se consideran una realidad inevitable o de poderosos intereses biotecnológicos.



Creemos que así no se encara el tema con la objetividad que merece, objetividad que debiera permitir la posibilidad de considerar la realidad, en toda su complejidad, para poder tomar una decisión que sea lo más justa posible. Por el contrario, se revela una cierta tendencia a acomodar la realidad de la persona humana a través del lenguaje, de modo que el status que se vaya a imponer al embrión no obstaculice determinadas prácticas biotecnocientíficas.

Por otra parte, cabe acotar que aún si considerásemos a la noción jurídica de persona como una herramienta en manos del legislador para acomodarla en función de ciertos intereses, tendríamos que tomar en cuenta que la cuestión del inicio de la vida en un código civil se vincula con decisivos problemas de geopolítica, como la experimentación sobre embriones humanos para la obtención de células estaminales, el patentamiento de esas biotecnologías, la utilización de fondos públicos, la licitud de la clonación y otros experimentos. De modo que, para una mayor transparencia, podemos decir que todos estos tópicos están subyacentes a la cuestión del inicio de la vida y que por tanto no se circunscribe el debate al tema de la criopreservación de embriones. Como veremos luego, tendríamos que discutir a fondo qué intereses deberían guiar la regulación civil y en este punto advertimos que Europa se enmarca en una tendencia contraria, por ejemplo, al patentamiento de las invenciones basadas en la destrucción de embriones humanos en razón de la dignidad humana.

#### **b) La "realidad" de las técnicas y la situación de los embriones**

En línea con la postura que considera a la personalidad jurídica como un requisito en manos del legislador para satisfacer ciertos intereses, se afirma también que, como en nuestro país se llevan a cabo fertilizaciones *in vitro* y existen embriones crioconservados, el derecho positivo ya ha desprotegido a los embriones humanos no implantados y por tanto el proyecto viene a sincerar una situación de hecho existente, que debe ser pacíficamente aceptada.

Creemos que si el derecho debe ceder ante el principio de realidad, debería entonces aceptarse la realidad biológica científicamente comprobada que da cuenta de un hecho natural que el hombre no puede ni podrá jamás modificar: desde el momento mismo de la fusión de un gameto masculino y uno femenino comienza el desarrollo de un nuevo ser humano distinto de sus progenitores, indistintamente del lugar en el cual fuera concebido y de las técnicas que se hubieran empleado. El legislador no puede pretender otorgar el ser a esa realidad (y mucho menos negárselo), sino que debe reconocer una condición antropológica preexistente. El embrión no es persona humana por una concesión graciosa del legislador, sino que la personalidad surge de su misma naturaleza y realidad, tal como lo abona la biología.

Consideramos que, para su reconocimiento jurídico, poco importa en verdad la forma en que un óvulo y un espermatozoide se funden dando lugar a un ser humano nuevo. Desde luego que existen diferencias fácticas entre la concepción natural y las técnicas de fecundación artificial (las cuales encierran también serios reparos éticos), pero ello no implica que el derecho deba llevar a cabo tan arbitraria distinción que violenta el principio de igualdad<sup>4</sup>.

Sostenemos que el derecho no debe hacer distinciones allí donde la ciencia de base no las hace. Si la biología ha comprobado que desde el momento de la fecundación

---

<sup>4</sup> Ver interesante análisis del tema en Didier, María Marta, "Igualdad, discriminación y fecundación in vitro", SJA 18/1/2012.

del óvulo existe un nuevo ser humano, el derecho debe necesariamente regular partiendo de ese conocimiento.

Éste sería un razonamiento puro, no teñido por intereses e intenciones que terminen, en buena lógica, viciándolo.

### **c) Las opiniones de los profesionales de las biotecnologías y la salud sobre el tema**

Ciertamente, en esa perspectiva de reconocer al ser humano como persona, una voz importante resulta la de los científicos, quienes pueden ayudar a conocer mejor las exigencias de la justicia en punto al pleno reconocimiento del ser humano en su realidad corporal. Sin embargo, se advierte que, así como se reconoce explícitamente que se acomoda el inicio de la vida para favorecer la crioconservación de embriones, también se admite implícitamente una influencia de los intereses económicos de la industria biotecnológica.

En un artículo periodístico, Claudio Chillik –ex presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva– señaló que el texto del proyecto “está de acuerdo con la diferencia que siempre hemos marcado: antes de la implantación, el que llamamos preembrión no puede de ningún modo homologarse a una persona”<sup>5</sup>.

La parcialidad de estas opiniones es innegable, por los intereses que están en juego. No se nos ocurriría definir los derechos del trabajador durante la Revolución Industrial en base a las opiniones de los capitalistas. O la posibilidad hacer depender la libertad de los esclavos en los Estados Unidos previos a la Guerra de Secesión según los intereses de los dueños de las plantaciones del Sur de ese país.

### **d) ¿Qué dice la Academia Nacional de Medicina sobre el inicio de la vida?**

En el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina considera:

- 1) Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.
- 2) Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.
- 3) Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.
- 4) Que el derecho a la “objeción de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

Igualmente, vale señalar que el término "preembrión" no es usado por la comunidad científica, como lo demuestra un estudio bibliométrico publicado en 2001 que determinó que sobre un estudio de datos entre 1986 y 2005 en la base de datos *Web*

---

<sup>5</sup> "Un cambio que suma avales", Pagina 12, 1ro. de abril de 2012, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-190877-2012-04-01.html> (último acceso: 2-8-2012)

of Science, de un total de 93.019 registros, el término preembrión se utilizó sólo en 172 oportunidades<sup>6</sup>.

En síntesis, tratándose de un título dedicado a la persona humana en un proyecto de Código Civil, corresponde reconocer al ser humano como tal y luego analizar los restantes institutos para comprobar si resultan justos en relación a esa dignidad humana inviolable o no. Está en juego, en primer lugar, un reconocimiento, lo más amplio posible, del carácter de persona a todo ser humano y, luego, la extracción de las consecuencias que se sigan de ese reconocimiento. Proceder de una manera inversa es peligroso para la lógica de los derechos humanos.

#### **4. Apartamiento de la definición constitucional del inicio de la vida**

Una de las características centrales del Proyecto que estamos comentando, es la intención de armonizar la legislación civil con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que desde 1994 cuentan con jerarquía constitucional. **Pues bien, tal armonización nos permite concluir que en el Proyecto, ante todo, se debe respetar la única definición de niño que ha adoptado la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.**

La Argentina, al ratificar la convención sobre los derechos del Niño declaró: **“Para la República Argentina se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”** (cfr. Ley 23849). De este modo, cuando en 1994 se otorgó jerarquía constitucional a este Tratado Internacional, se lo hizo *“en las condiciones de su vigencia”*. La Declaración formulada por nuestro país adquirió dicha jerarquía, de modo que podemos afirmar, sin lugar a dudas, que **la Constitución Nacional reconoce al niño como persona desde su concepción.**

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) reconoce la plena “personalidad” del ser humano desde la concepción. En su artículo 1 establece que **“persona es todo ser humano”**, para luego reconocer en el artículo 4 que **“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”**. Del entronque de estas disposiciones puede igualmente concluirse que comienza la existencia de la persona desde su concepción.

Adviértase que no está aquí en juego la discusión en torno a los alcances del artículo 4 y su expresión “en general”, que refiere al derecho a la vida y su protección, sino la interpretación de la noción misma de persona humana, que claramente se tiene que resolver a partir del artículo 1, entendido armónica y sistemáticamente con los restantes artículos.

Incluso, Ricardo Lorenzetti ha afirmado: “la ley 23.849 que ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, señala que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción (art. 2º), lo que implica una reforma del texto del Código Civil, admitiéndose la vida desde la sola concepción, intra o extrauterina. El Pacto de San José de Costa Rica establece que para los efectos de

---

<sup>6</sup> Vivanco, Luis, Bartolomé, Blanca, San Martín, Monserrat, Martínez, Alfredo, "Bibliometric Analysis of the Use of the Term Preembryo in Scientific Literature", Journal of the American Society for Information Science and Technology, 62(5): 986-991, 2011. Los autores concluyen: "the term preembryo is not used in the scientific community".



esa Convención “persona es todo ser humano” y que toda persona tiene derecho a que se respete su vida “a partir del momento de la concepción” (art. 1º, apartado 2, y art. 4º)”<sup>7</sup>.

Por tanto, coincidimos con Tobías cuando afirma: "No creo, por lo dicho, que el criterio del artículo 19 [del proyecto de Código Civil 2012] sea de aquellos que expresan "un alto grado de consenso existente en la comunidad" (se dice en los Fundamentos que la mayoría de los artículos revisten esa característica); ni que resulte de "valores regulados en el bloque de constitucionalidad"; ni que se respalde "en decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país" (se expresa en los Fundamentos la adopción de esas pautas para los supuestos controvertidos)"<sup>8</sup>.

En consecuencia, cuando el Proyecto se aparta de la concepción como momento inicial de la vida e introduce un doble régimen incorporando la “implantación”<sup>9</sup> como definitoria del comienzo de la calidad de persona en algunos casos, introduce un concepto ajeno al sistema constitucional argentino.

## **5. Los injustificados riesgos para la vida de los embriones humanos concebidos extracorpóreamente**

El proyectado artículo 19 afirma que se dictará una ley especial de protección de los embriones, pero ello, si bien brinda una pauta hermenéutica, no resulta suficiente frente a las tasas de fracaso que presentan las técnicas y que acarrearán la pérdida de muchos embriones humanos. Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor “tasa” es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6<sup>10</sup>.

Un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas.

- Sobre 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI, se concibieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación.
- Fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos.

---

<sup>7</sup> Lorenzetti, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, p. 401-402. Estas afirmaciones sobre la personalidad del concebido no suponen una defensa absoluta, por parte de este autor, del derecho a la vida, al sostenerse que “comparando el peso de cada bien jurídico y de los principios en juego, el legislador o el juez pueden decidir resolver un caso de colisión de derechos, dando prioridad a la vida íntima, pero ponderando su peso con otras cuestiones; es lo que sucede con el aborto” (cit., p. 402-403). Discrepamos con estas afirmaciones que relativizan el valor absoluto del derecho a la vida.

<sup>8</sup> Tobías, José W, "La persona humana en el Proyecto", LA LEY 25/06/2012, 25/06/2012, 1.

<sup>9</sup> La Dra. Catalina E. Arias de Ronchietto enfatiza que en realidad lo preciso es hablar de transferencia. El tecnocientífico especializado (dado que no se trata de un acto médico propiamente dicho) transfiere, no puede implantar al embrión. El implante es un proceso complejo que es también una de las evidencias del ADN distinto, único del embrión, respecto al de su madre y de su padre.

<sup>10</sup> HOUSE OF COMMONS, COMMITTEE ON SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Fifth Report*, Marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmsselect/cmsctech/7/702.htm>

- Los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.

Fuente: [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_1568\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1568_allegato.pdf)

Igualmente no resulta suficiente que el Código Civil remita a una ley especial pues existen fuertes presiones para imponer a los embriones un destino de muerte para fines de experimentación o comercialización.

## **6. La sentencia "Brüstle, Oliver v. Greenpeace" del Tribunal Superior de Justicia de Europa**

La importancia de proteger a los embriones humanos se puede apreciar en una reciente sentencia de la Gran Sala del Superior Tribunal de Justicia de Europa del 18 de octubre de 2011 en el caso "*Brüstle, Oliver v. Greenpeace*", en la que se resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Corte Federal de Justicia de Alemania) vinculada con la interpretación de la Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y la anulación de una patente alemana relativa a células progenitoras neuronales derivadas de células madre embrionarias. En su sentencia, el Tribunal define qué debe entenderse por "embrión humano" a los fines de la Directiva 98/44/CE sobre patentabilidad de las invenciones biotecnológicas y considera que dicha Directiva excluye la patentabilidad de una invención cuando requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima.

En su parte resolutive, el Tribunal decide:

*1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:*

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

*-Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.*

*2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que es útil.*

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

En la causa “*Brüstle v. Greenpeace*” se reconoce al embrión la dignidad humana y los derechos fundamentales<sup>11</sup>. El fallo se ocupa de interpretar la Directiva 98/44/CE referida a patentes biotecnológicas y señala que aunque la Directiva “tiene por objeto fomentar las inversiones en el ámbito de la biotecnología”, la misma exposición de motivos permite concluir que “la explotación de la materia biológica de origen humano debe inscribirse en el marco del respeto de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana” (considerando 32)<sup>12</sup>. El Tribunal entiende que hay que dar al concepto de “embrión humano” un “sentido amplio” (considerando 34).

Más adelante, respondiendo a la cuestión de si se podía considerar que la patente era admisible dado que en la formulación de la reivindicación no se mencionaba el hecho de eliminar embriones, dice al respecto el Tribunal: “*No incluir en el ámbito de exclusión de la patentabilidad enunciada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva una información técnica reivindicada, basándose en que no menciona una utilización de embriones humanos, que implica la previa destrucción de los mismos, tendría por consecuencia privar de efecto útil a la referida disposición permitiendo al solicitante de una patente eludir su aplicación mediante una redacción hábil de la reivindicación*”. Así, podemos decir que existe una analogía con el proyecto de Código Civil, desde el momento en que justamente lo que hace el proyecto que comentamos es recurrir a un “hábil” recurso “lingüístico” de deslizar “palabras” para eludir la defensa del embrión –el niño- concebido extracorpóreamente.

## **7. El proyecto de Código Civil no soluciona el problema de los embriones crioconservados abandonados**

Según el artículo 560, “el consentimiento (para las técnicas de reproducción médicamente asistida) es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”. Igualmente el mismo artículo dispone: “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

Pues bien, veamos algunas consecuencias de la regulación propuesta:

**a) Madre sola:** si la mujer ha dado su consentimiento y el varón lo revoca, el hijo no podrá ser considerado como hijo del varón, pero nada se dice sobre si la mujer puede o no transferir al embrión así concebido. Esta situación genera la particularidad que el niño nacerá con un sólo vínculo filial y por tanto tendrá una desventaja notable en relación a todos los otros hijos por verse privado del vínculo paterno con todas las consecuencias que ello trae (ausencia de obligación alimentaria, ausencia de vocación hereditaria, ausencia de vínculo afectivo, afectación de la identidad).

**b) Niño abandonado por la madre:** si la mujer lo revoca pero el varón no lo revoca, entonces el proyecto no nos brinda ninguna solución aceptable. El punto es que se

---

<sup>11</sup> Gran Sala del Tribunal de Justicia, “*Brüstle, Olivier v. Greenpeace eV*”, Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemania, 18 de octubre de 2011, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0034&lang1=es&lang2=EN&type=NOT&ancre=> (último acceso: 18-2-2012)

<sup>12</sup> Al conocerse el fallo Lasse Bruun de Greenpeace sostuvo: “Al bloquear el patentamiento y comercialización de embriones humanos la Corte Europea de Justicia ha reforzado hoy la protección de la vida humana contra los intereses comerciales dentro de la Unión Europea” (Greenpeace welcomes European Court of Justice ruling on stem cells patents, Press Release, October 18, 2011).

trata de un embrión ya concebido y por tanto que cuenta con vínculos genéticos y filiatorios, y que el artículo 19 afirma que tiene que ser protegido.

**c) Niño abandonado por ambos padres:** si ambos revocan el consentimiento, el embrión queda privado de los vínculos filiatorios, pero el artículo 19 igualmente exige que sea protegido.

En estas últimas dos situaciones, el proyecto de Código Civil no contiene ninguna norma que permita establecer cómo proceder. Esta laguna jurídica en torno a los embriones criopreservados nos despierta interrogantes: ¿Qué impediría la compraventa de embriones? ¿Quiénes son los dueños: los que aportaron los gametos, los que encargaron el embrión, el médico, el centro de reproducción artificial?

Entendemos que toda esta maraña de problemas jurídicos y filiatorios se resuelve con un pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de los embriones y con la adopción de las medidas correspondientes en relación a las técnicas de fecundación artificial, especialmente en sus modalidades extracorpóreas y heteróloga.

## **B. PERSPECTIVAS EUGENÉSICAS DEL PROYECTO**

**La definición del inicio de la vida del artículo 19 tiene graves consecuencias cuando se la analiza en conjunto con el proyectado artículo 57, pues se abre la puerta a algunas prácticas eugenésicas graves, incompatibles con la dignidad humana.**

El artículo 57 del proyecto de 2012 propone:

*ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.*

- **Proyecto de 1998:** la norma reconoce como antecedente el artículo art. 111 del proyecto de 1998 (“prácticas eugenésicas”), que a su vez tomaba como fuente el artículo 16-4 del Código Civil Francés que prohíbe atentar contra la integridad de la especie humana, prohíbe expresamente cualquier práctica eugenésica y la clonación.
- **Seres humanos ya existentes:** entendemos que la norma comprende intervenciones directamente encaminadas a modificar la información genética de un ser humano concebido, nacido o por nacer. En la literatura científica, una vez que la persona ha sido concebida, la ingeniería genética está intentado desarrollar lo que llamamos “terapia génica”, pero se ha encontrado con obstáculos serios y no se ha pasado de experimentos. Las posibilidades de “mejora” (enhancement) genética se han debatido a nivel teórico para casos como los deportes u otras actividades, pero no existen –hasta donde conocemos- prácticas en marcha en la materia.
- **La cuestión de los embriones concebidos in vitro:** entendemos que la prohibición del artículo 57 debería abarcar tanto a las personas concebidas intracorpóreamente como a las que hayan sido concebidas extracorpóreamente. El tema es de gran actualidad porque tiende a difundirse el diagnóstico genético

preimplantacional<sup>13</sup>. Este estudio –que no es un diagnóstico en sentido propio- es un típico caso de discriminación genética y se enmarca en una mentalidad eugenésica, de modo que debería considerarse como prohibido a la luz de este artículo 57.

- **Selección de gametos:** La mención a la descendencia parece incluir también lo relativo a la selección de gametos en forma previa a la fecundación. En este punto, la prohibición del artículo 57 parece dirigida a evitar la selección de gametos por algunas características deseadas y eso resulta positivo, más allá de las objeciones de fondo que merecen las técnicas de fecundación artificial.
- **La excepción:** la norma general prohibitiva del artículo 57 es acompañada de una excepción tan abierta que termina desdibujando la finalidad de tutela de la persona humana que persigue la norma. Se exceptúan las prácticas “*que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*”. ¿Quién determina qué es una enfermedad genética implicada en esta ley? ¿La autoridad nacional? ¿La autoridad local? ¿Quién determina cómo se mide la posibilidad de intervenir para evitar la predisposición de enfermedades?
- **¿Eliminar a los genéticamente enfermos?** La excepción contemplada en el artículo 57 proyectado abre muchas dudas por su amplitud. Por ejemplo, no se aclara si se prohíbe eliminar a los seres humanos que sean genéticamente enfermos. De admitirse esa posibilidad, que resultaría contraria a otras normas constitucionales, supondría un grave atentado contra la vida humana. Debería suponerse que no está admitida por aplicación del principio de inviolabilidad de la vida humana contenido en el artículo 51.
- **¿Acciones de responsabilidad?** Un aspecto no considerado es el relativo a la responsabilidad que podría emerger si una persona no hubiera hecho lo posible por evitar la transmisión de una enfermedad grave. Se trata de las acciones conocidas como “*wrongful life*” (vida equivocada) y “*wrongful birth*” (nacimiento equivocado). Es claro que el proyecto no quiere “obligar” a prevenir esas enfermedades, pero la verdad es que la práctica supone una creciente presión sobre los padres y los médicos, máxime si pueden enfrentar acciones de responsabilidad por no ofrecer estos estudios a tiempo. Por estos motivos, que llevan a conclusiones que terminan traicionando los ideales médicos, creemos que no se pueden incluir excepciones en la materia.
- **¿Expansión de estudios genéticos?** Cabe preguntarse si con esta norma no se producirá una expansión de los estudios genéticos en vistas a la transmisión de la vida humana y si no se irá configurando un auténtico dinamismo eugenésico, que ya no resultará el fruto de una planificación estatal, sino de la elección de miles de personas puestas a elegir las características genéticas de la descendencia. Cobra aquí importancia la exclusión del término “eugenésico”, presente en 1998 y ausente en el proyecto de 2012.

En síntesis, parece muy positiva la norma en su primera parte prohibitiva, pero la excepción contenida en la parte final corre el riesgo de transformarse en el verdadero parámetro para resolver las cuestiones bioéticas vinculadas con la genética humana. Creemos que la complejidad de los temas genéticos exige una mayor precisión en la redacción de los textos legales y sobre todo una firme defensa de la dignidad de cada vida humana, desde la concepción.

---

<sup>13</sup> Para profundizar el tema, nos remitimos a nuestro libro: “Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente”, Buenos Aires, EDUCA, 2011, 832 p., en especial el Capítulo 12.



## C. EL ALQUILER DE VIENTRE EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012 (GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN)

### 1. ¿Qué es el alquiler de vientre?

El alquiler de vientre es un complejo y controversial es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento. Este contrato adopta cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, que revelan su explotación y la comercialización de la vida humana.

En el artículo 562 del proyecto de Código Civil 2012 presentado en el Congreso de Argentina se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina argentina y que muy pocos países en el mundo han aceptado.

### 2. ¿Cuáles son las cláusulas de un contrato de alquiler de vientre en India?

- **Exámenes médicos psicológicos y físicos:** la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Asimismo se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.
- **Abstención de relaciones sexuales:** en el contrato la madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.
- **Mantenimiento del embarazo:** durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra -recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético-, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas. Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.
- **Otras obligaciones sobre estilo de vida:** Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer

próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.

- **Muerte de los padres comitentes:** el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.
- **Entrega del niño y renuncia a la patria potestad:** llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado.
- **Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades:** excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.
- **Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto):** la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.
- **Aborto selectivo:** como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro.
- **Peligro de vida en la mujer gestante:** el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.
- **Rescisión del contrato:** en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.
- **Incumplimiento:** en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

Fuente: [http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy\\_Agreement.pdf](http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy_Agreement.pdf)

### 3. La historia de Premila Vaghela en India

El alquiler de vientre en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado “turismo reproductivo”. Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación, sobre todo en Gujarat, donde Anand se ha constituido como la capital global del alquiler de vientre.

En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de norteamericanos. En mayo de 2012 durante un chequeo Premila mostró complicaciones y los médicos le hicieron una cesárea de emergencia, pero no se recuperó. El niño nació con bajo peso (1.740 kgs) y la madre fue enviada a un hospital privado donde murió. Todavía no se ha pronunciado la policía sobre la autopsia de Premila. Por su parte, la mujer norteamericana que alquiló el cuerpo de Premila viajó a India y ya tomó contacto con el recién nacido.

#### **4. El proyecto de Código Civil 2012, ¿no propone una figura distinta al alquiler de vientre llamada "gestación por sustitución"?**

Con ocasión del debate periodístico de los alcances del anteproyecto de reforma del Código Civil en la Argentina, diversos medios han afirmado que lo que se ha propuesto no es el "alquiler de vientre" sino la "gestación por sustitución". Para fundamentar esa afirmación se sostiene que, en el proyectado artículo 562, al momento de homologar judicialmente el acuerdo de esta "gestación por sustitución", se deberá acreditar que "la gestante no ha recibido retribución"(inciso f).

Sin embargo, se trata sólo de un maquillaje lingüístico pues:

- a. En ningún momento se prohíbe que el "centro de salud" cobre por realizar estas supuestas acciones.
- b. Un procedimiento de estas características no sería gratuito por los gastos que involucra y en los fundamentos se afirma que se le brindará a la mujer alguna compensación económica.
- c. En medios periodísticos nacionales, se había informado un precio en el exterior que oscilaba entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California ( La Nación , "Crece el interés por el alquiler de vientre", 20 de agosto de 2011)
- d. En este contexto, la mujer gestante sería la única que no cobra y con ello se consumiría una nueva forma de explotación de su cuerpo, en este caso apropiándose los profesionales de manera inescrupulosa de su vientre.
- e. También habrá costosos seguros que contemplar y que se vincularán tanto con las conductas de salud de la mujer como con el normal desarrollo de los bebés.
- f. Finalmente, la redacción del inciso f afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la "mujer" "no ha recibido retribución". No es casual el uso del pasado y bien podría alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que nada prohíbe que la reciba luego.

#### **5. ¿Qué derechos están afectados en el alquiler de vientre?**

- **Dignidad humana:** el alquiler de vientre ofende la dignidad humana, que exige no considerar nunca a un ser humano como si fuera una cosa comercializable. La afirmación del proyecto en el sentido que la gestante no cobra, no modifica en nada este hecho, pues el centro de fecundación artificial percibe altas sumas por este complejo contrato que se extiende durante al menos 10 meses.
- **Derecho a la identidad:** el niño queda privado de uno de los vínculos fundamentales de su identidad, la madre que lo gestó y dio a luz, y ve manipulada su vida como si fuera una cosa que se entrega contra un pago de dinero. En concreto, se vulneran los siguientes artículos de la **Convención sobre los Derechos del Niño:**

**Artículo 7:** 1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

**Artículo 8:** 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

- **Explotación de la mujer:** La segunda afectada es la mujer, pues es tomada como un mero envase y la experiencia indica que son las mujeres más pobres las que terminan siendo usadas en estos alquileres. Las cláusulas de los contratos son muy reveladoras de esta mentalidad: se obliga a la mujer hacerse estudios médicos, a un riguroso estilo de vida, a abortar al niño si hay malformaciones. No puede arrepentirse.

## 6. Los problemas jurídicos ocultos del alquiler de vientre

La redacción del proyecto no contempla diversas eventualidades que pueden ocurrir en el marco de las técnicas de fecundación artificial y por otras normas jurídicas sobre maternidad:

- ¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer?
- ¿Qué sucede si los embriones no se “implantan” en el primer intento o si pierde el embarazo?
- ¿Quién goza de la licencia laboral por maternidad?
- ¿Por qué en el proyecto hay que entregar de inmediato al niño y en las normas propuestas para la adopción de un bebé recién nacido hay que esperar un plazo mínimo de 45 días desde el nacimiento (cfr. artículo 607)?
- ¿Qué pasaría con las demás cuestiones del derecho laboral de la mujer embarazada, como la indemnización por despido?
- Si la mujer gestante es casada, ¿necesita autorización de su cónyuge?
- ¿Quién ejerce la representación del niño por nacer durante el tiempo del embarazo (cfr. artículo 101 inciso a)?
- En caso de muerte del niño por nacer o lesiones, ¿quién está legitimado a demandar? ¿La gestante, los comitentes, el centro de salud?
- ¿El pacto de “sustitución” supone ciertos resultados en términos de condiciones de salud del hijo? ¿Qué sucede si el parto es múltiple?
- ¿Qué pasa si se mueren los que encargaron al niño? ¿qué pasa si se divorcian? ¿qué pasa si nacen varios hijos?

En España, la ley **14/2006 sobre técnicas de reproducción humana prohíbe la maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre:**

**Artículo 10.** Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

## **D. LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM**

### **1. ¿En qué consiste la fecundación post mortem?**

El supuesto de la fecundación *post mortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquella con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte.

### **2. La norma proyectada y sus diversos casos**

El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 establece lo siguiente:

*ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*

*No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:*

- a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.*
- b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.*

Por su parte, en el libro dedicado a las sucesiones encontramos la siguiente norma proyectada:

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

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

Del juego de estos artículos se pueden deducir diversas situaciones que analizamos a continuación:

**a) Niño con una sola filiación post-mortem: *Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y sin su consentimiento.*** En este caso, lo único que queda claro es que el niño así concebido sólo tendrá vínculo filiatorio con su madre y no con la persona fallecida. No queda claro si la mujer puede hacer igualmente la fecundación, incluso sin límite de tiempo, o si los consentimientos a los que se refieren los artículos 563 y 560 impedirían que la mujer haga la fecundación. El proyectado artículo 563 parece suponer que la mujer puede hacerlo y la única consecuencia es que no se lo anota como hijo de su cónyuge o conviviente muerto.

El proyectado artículo 563 estaría contemplando en este primer párrafo la posibilidad de que una mujer dé a luz un niño con su padre premuerto y sin que haya consentido. Bajo la lógica del niño, se le niega arbitrariamente el vínculo filiatorio y se admite la



existencia de un hijo sin padre en desmedro del derecho a la identidad que tiene todo ser humano.

A su vez, como ha señalado agudamente Eduardo Sambrizzi, creemos que es inconveniente la aplicación de la norma cuando la cónyuge o conviviente fallecida es una mujer, por cuanto de darse el supuesto contemplado en la segunda parte del artículo, el vínculo filiatorio que en tal supuesto se producirá entre esa mujer y el nacido, carece de una base real dada la inexistencia de todo vínculo con este último, no sólo biológico sino también social.

**b) Niño con dos filiaciones post-mortem: Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y que consintió la fecundación post-mortem.** En este caso, se tienen que verificar las circunstancias de la segunda parte del artículo 563 (incisos a y b) y el hijo nace con dos filiaciones, aunque el padre se encuentra muerto y el niño se convierte en huérfano. Aquí la ley admite la doble filiación, pero permite engendrar intencionalmente a un niño huérfano.

### **3. La objeción de fondo: generación intencional de un niño huérfano.**

En la fecundación post-mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el Derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Afirma la Dra. Basset que tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció (Basset Ursula, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires 2012).

La pérdida de un padre para un niño -por circunstancias de la vida- siempre es considerada como una situación indeseable y dolorosa para la salud emocional del niño que se ve privado de disfrutar de su padre, con todo lo que dicha figura implica para el desarrollo de su personalidad. Pero dicha situación resulta inaceptable cuando se pretende imponer por deseo de sus propios progenitores, por fuerte que sea ese deseo.

Por lo expuesto, sostenemos que la norma en cuestión agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño - que tiene jerarquía constitucional (Art. 75 inc 22, CN)-, como de la ley 26.061, y recordamos además, la recomendación practicada en el IX Congreso Mundial sobre Derechos de la Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, de prohibir expresamente la fecundación post mortem.

#### **La fecundación post mortem en el Derecho comparado**

- En **Italia**, la ley n° 40 del 19 de febrero de 2004 (“Normas en materia de procreación médicamente asistida), establece en su art. 5 (requisitos subjetivos) que: “pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas compuestas por personas mayores de edad, de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos” (la traducción es nuestra).

- En **Alemania**, la ley n° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 (“Ley de protección del embrión”), establece en su art. 4 (fecundación y transferencia autoritaria de embriones

y fecundación post mortem) que: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años quien: 3) fecundara artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

### **E. SOBRE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL**<sup>14</sup>

En el acotado marco de la presente ponencia proponemos la eliminación del texto del Código Civil y Comercial de las referencias a las técnicas de fecundación artificial, debido a las complejas cuestiones jurídicas involucradas que requieren una consideración parlamentaria separada. Además de las razones ya indicadas a lo largo de esta ponencia, podemos agregar otras:

- El proyecto 2012 sólo se concentra en algunas consecuencias de estas técnicas (la filiación y la exclusión de los embriones humanos de la categoría de personas), pero soslaya cuestiones previas que deben ser consideradas a la luz de la centralidad de la persona humana desde su concepción y el respeto a los valores involucrados en la transmisión de la vida.
- Desde una perspectiva jurídica, diversas ramas del derecho confluyen en esta problemática, como lo demuestra la experiencia internacional: constitucional, civil, administrativo, penal, médico.
- No se pueden ignorar los constantes cambios en las aplicaciones biotecnológicas y el creciente giro que estas técnicas han dado desde el problema de la infertilidad o esterilidad hacia sofisticadas formas de eugenesia y utilización industrial o comercial de la vida humana, y a las que hemos hecho referencia en esta ponencia.
- Una objeción que se podría plantear a esta propuesta sería señalar que así como se propone la consideración separada de estas técnicas, debería considerarse también separadamente el estatuto del embrión humano. Al respecto, además de remitirnos a los fundamentos antes señalados, enfatizamos que lo que se está discutiendo es el Código Civil y una de las cuestiones capitales es un claro y explícito reconocimiento de la plena personalidad de todo ser humano desde la concepción. Las consecuencias que se siguen de este reconocimiento son las que van a ser tratadas por el legislador en otra norma jurídica.

Jorge Nicolás Lafferriere  
DNI 22.608.366  
Doctor en Ciencias Jurídicas  
Director – Centro de Bioética, Persona y Familia  
Mail: [info@centrodebioetica.org](mailto:info@centrodebioetica.org)  
WEB: [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

---

<sup>14</sup> Para una consideración de fondo sobre las técnicas, nos remitimos al artículo Lafferriere, Jorge Nicolás, "Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida", en *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 219, pag. 858, entre otros.