

DR. FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA

PROFESOR TITULAR DE OBLIGACIONES, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNSTA, TUCUMÁN

SE PRESENTA POR DERECHO PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE SU FACULTAD DE DERECHO

PONENCIA ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA:

ERRORES MUY GRAVES EN EL PROCESO DE DEROGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LOS ARGENTINOS Y GRAVÍSIMOS VICIOS DE CONTENIDO EN EL LIBRO I DEL PROYECTO

En la primera parte de esta ponencia examinaremos – y, en la medida de lo posible, pondremos al descubierto- una serie de errores, equívocos, y lugares comunes vinculados a aspectos formales del proyecto de ley elevado al Congreso que “circulan” últimamente en distintos medios periodísticos a propósito del proceso de derogación del Código Civil vigente, y su sustitución por otro completamente nuevo.

En la segunda, nos haremos cargo de algunas cuestiones de contenido de los Libros I, Título I, y II, Título V, que – de sancionarse- viciarían reforma toda, tornándola gravemente ilegítima.

I.- GRAVES ERRORES DEL TÍTULO II, ARTS 9 A 11 DEL PROYECTO DE LEY ELEVADO¹

1.- No es el Código de Vélez el que se quiere derogar, sino el de varias generaciones de argentinos

Un error que conviene disipar de entrada, es que – en rigor- lo que habrá de ser objeto de derogación y sustitución por uno nuevo, no será ya el Código de don Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, sino el Código Civil de los argentinos, como genuino producto histórico cultural resultante de las sucesivas reformas operadas a lo largo de sus más de 140 años de vigencia.

Y es que, hablando con propiedad, el Código de VÉLEZ dejó de ser tal desde el momento mismo de la segunda ley Fe de erratas, n° 1196²; pero ese distanciamiento del modelo originario se fue acentuando todavía más con las sucesivas reformas parciales que fueron objeto de sanción legislativa, tan numerosas que hasta el año 2006 la obra de LLAMBÍAS enumeraba, **entre las principales** y más dignas de mención, nada menos que **sesenta y cuatro leyes modificatorias**³, y ello sin contar las reformas posteriores, entre las que cabe citar la operada en virtud de la ley 26.618, y aquellas que podría calificarse de incidentales, por la influencia de leyes dictadas con propósitos varios que dejaban de lado algún principio general del Código Civil⁴.

De allí que, en realidad, no habrá de ser el Código de VÉLEZ, sino el de las varias generaciones de argentinos que le sucedieron, el que habrá de ser objeto de derogación; un texto sobre el que se han escrito

¹ Hemos abordado estas cuestiones con mayor detalle en nuestros artículos: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez y su sustitución por uno nuevo. A modo de amigable respuesta a una opinión*, publicado en ED, 2 de Julio de 2012, y en *Apuntes sobre algunos errores de procedimiento observados en el proceso de derogación del Código Civil de los argentinos*, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/apuntes-sobre-algunos-errores-de-procedimiento>

² Que introdujo las primeras variantes a la doctrina inicial de aquél texto BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 106; LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 2007, T I, n° 256

³ LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 259, p. 180 a 185; adviértase que la sola enumeración de esas reformas, demanda nada menos que cinco páginas.

⁴ LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 260, p. 185 a 186

bibliotecas enteras de doctrina y jurisprudencia, que quedarán virtualmente convertidas en basura, de sancionarse un nuevo Código⁵. Desde un punto de vista cultural, no es ciertamente poco aquello que perdería el país reduciendo gran parte del pasado y la tradición a virtual ceniza por un mero acto legislativo impuesto desde arriba a la sociedad civil, lo que no puede discutirse que habrá de empobrecer nuestra cultura jurídica con la forzosa amputación de todo aquello que *ipso facto* habrá de pasar a ser “tejido muerto”. Resulta, en efecto, muy difícil no pensar en todos esos años que maestros de la talla de MACHADO, LLERENA, SEGOVIA, SALVAT, LAFAILLE, COLMO, FORNIELES, ORGAZ, MOLINARIO, LLAMBÍAS, BORDA o SPOTA - por citar sólo algunos de nuestros grandes civilistas- dedicaron a estudiar concienzudamente el Código Civil, años de valioso y sacrificado estudio que quedarán reducidos a polvo, y ello torna difícil encontrar una necesidad real y de peso que lo justifique⁶.

Por ello, resulta en verdad muy poco feliz la cita del mensaje de elevación de la ley n° 340, en especial del párrafo que literalmente expresa que *“Dos son los medios que se presentan desde luego, para llegar a este resultado. O someter el proyecto a una revisión detenida, o darle inmediata vigencia, confiando su reforma a la acción sucesiva de las leyes, que serán dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad”*, para justificar la apresurada metodología que hoy se pretende implementar, precisamente porque esas modificaciones, fruto de *“la acción sucesiva de las leyes”*, que serían *“dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad”*, ya se han operado a lo largo de 140 años, y deviene totalmente arbitrario pretender volver atrás el reloj de la historia, para recomenzar desde “0”, como si nada hubiera ocurrido en el ínterin.

Por el contrario, ha de empeñarse toda prudencia a fin de que – entre la prisa y el entusiasmo- por inadvertencia no terminemos repitiendo el gravísimo error histórico reflejado en aquél célebre episodio del Emperador Shi Huang Ti⁷.

2.- Las analogías empleadas para justificar la prisa, son poco felices

Y es que, aún con hipotética prescindencia mental de lo anterior, en general resulta muy poco feliz trazar cualquier analogía entre el momento presente, y el de la sanción del vigente Código Civil, por varios motivos, a saber:

a) en primer lugar, porque la sanción de un Código Civil obedecía entonces a una necesidad impostergable, no solamente para poner fin a una legislación española muy vasta, difusa, mal conocida, y no pocas veces contradictoria, sino también por una razón de soberanía política, pues era necesario reafirmar nuestra independencia con leyes propias, distintas de las españolas⁸, necesidad que no se presenta en la hora actual;

b) en segundo lugar, porque aún a pesar de esa imperiosa, e impostergable necesidad, VÉLEZ

⁵ Sin olvidar los grandes tratados, cabe destacar que solamente la colección del Diario de El Derecho tiene actualmente 245 tomos, y la Revista Jurídica La Ley lleva impresos más de 350 volúmenes.

⁶ Detrás de la “biblioteca” profesional de cada letrado, muchas veces existen verdaderas historias de vida; de ilusiones y esfuerzos, de sacrificios, y privaciones, empeñados en edificarla, y – por su dimensión existencial- esas historias merecen algún respeto y consideración. Obviamente, ello no es un argumento de peso para resistirse a una reforma legislativa cuando ella es generalmente sentida como necesaria, pero sí una invitación a reflexionar con honestidad intelectual cuándo ella habrá de revestir realmente el carácter de lo necesario. Y una reflexión que nos debiera llevar a plantearnos sinceramente si acaso no nos habremos acostumbrado tanto a devaluar nuestra moneda, y nuestras instituciones todas, hasta el extremo de sentirnos también habilitados a devaluar – sin necesidad real que lo justifique- los títulos universitarios de miles y miles de profesionales del Derecho –en particular en los pueblos, y pequeñas ciudades del interior de la República- de quienes no resulta descabellado pensar que sus ocupaciones laborales o profesionales les habrán de dificultar – cuando no directamente impedir- actualizar sus conocimientos.

⁷ Ver nuestros trabajos citados al comienzo de este apartado

⁸ BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 92 y ss, especialmente n° 99; LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 240 a 242; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

SARFIELD trabajó intensamente – de sol a sol, y con dedicación exclusiva⁹- durante unos cuatro años, tiempo que contrasta notoriamente con apenas el año que demandara la redacción del actual proyecto, no obstante tratarse de una sociedad bastante más compleja que aquella;

c) en tercer lugar, porque a partir de 1865, y a medida que fue avanzando en su trabajo, su autor lo fue remitiendo al Poder Ejecutivo, que de inmediato dispuso la impresión de las partes pertinentes del proyecto y su distribución entre los legisladores, magistrados y abogados "y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora váyase formando a su respecto la opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado"¹⁰, de modo que antes de transformarse en ley, fue ampliamente difundido libro por libro – aspecto expresamente mencionado en el mensaje de elevación al Congreso al que en la hora actual se pretende acudir- para que fuese analizado por la apenas incipiente comunidad jurídica de entonces, donde casi no había opinión jurídica calificada, y no existían más Facultades de Derecho que las de la Universidad de Córdoba y de la Universidad de Buenos Aires¹¹;

d) en cuarto lugar, porque la reclamada unidad y coherencia del sistema, estaba entonces en cierto modo garantizada por el trabajo exclusivo de un único autor, cosa que no acontece en la hora presente donde se dice que trabajaron más de 100 juristas, pero no consta que se hubieran reunido, o que todos hubieran tenido conocimiento del texto íntegro;

e) y en quinto lugar – y esto debiera configurar un muy serio llamado de atención- porque no puede decirse que las clases gobernantes de entonces estuvieran precisamente inspiradas de ideales democráticos, en una sociedad donde ni siquiera existía sufragio universal; por el contrario, se trataba de elites aristocráticas, alentadas de fuertes dosis de "racionalismo constructivista"¹², que pretendía imponer al orden social, el "plan" o programa transformador de la razón.

Todas estas razones hacen que pretender trazar cualquier analogía entre el momento presente, y el de la sanción del vigente Código Civil, resulte en verdad muy desafortunado.

3.- Los ejemplos de cómo trabajan los países serios son llamativamente silenciados

Es que, en puridad, los grandes códigos históricos como el francés, el alemán, el español, o el chileno, (¿por qué no incluir al nuestro en esa lista, o qué extraño complejo de inferioridad lo impediría?) se modifican en función de las nuevas necesidades que se van presentando, pero no se sustituyen¹³, porque allí se trata con mucho respeto su legado cultural; una herencia que no pertenece a un grupo de académicos con aspiraciones de grandeza, sino a todo un pueblo en el que no solamente hay simples abogados, escribanos y procuradores sin pretensiones de docencia universitaria, sino también médicos, ingenieros, contadores,

⁹ BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 101; LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 249

¹⁰ Decreto del P. E. del 23 de junio de 1865, suscripto por Marcos Paz, vicepresidente, y Eduardo Costa, ministro, citado por LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 250

¹¹ LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 250 y 251; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

¹² Pese a que – por múltiples motivos, que sería imposible sintetizar siquiera en estas líneas- el de don Dalmacio VELEZ SARFIELD escapaba en buena medida a dicha calificación cabe destacar, a todo evento, que los excesos de racionalismo terminan a la larga por ser corregidos por la vida misma, y eso fue lo que aportaron estos más de ciento cuarenta años de historia, con su cotidiana aplicación – plasmada en muy valiosa doctrina y jurisprudencia- y con sus sucesivas reformas. Toda una paciente labor de varias generaciones de argentinos, que hoy pretende pulverizarse con una inexplicable prisa iconoclasta cobijada al amparo de ideas perimidas, pues, como esperamos demostrarlo con detalle en un posterior trabajo, en nuestra modesta opinión un nuevo Código implicaría un nuevo y excesivo ejercicio de "racionalismo" jurídico, solo que – y a diferencia de los que ocurriera en el Siglo XIX- habría esta vez de nacer herido de muerte por el signo de lo anacrónico, pues – al menos en este aspecto- el programa racionalista codificador es un proyecto "fracasado", como lo demuestra la constatación efectuada por Natalino IRTI sobre el hecho cierto e innegable de que hoy estamos viviendo inmersos en la "edad de la decodificación".

¹³ Para escándalo de algunos de sus oyentes, lo señaló en Tucumán Christian LARROUMET durante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en oportunidad de recibir su doctorado "Honoris Causa" de la UNT

comerciantes, agricultores, etc., que han llegado a incorporar esas grandes leyes a sus sistemas de representaciones sobre la vida en sociedad, y no tienen por qué ser víctimas de las especulaciones doctrinarias de un puñado de intelectuales a quienes para nada les importa dar las espaldas a esa inmensa mayoría¹⁴, que ha de terminar sufriendo las consecuencias de sus "brillantes" – y, en algunas ocasiones, impracticables, cuando no directamente trasnochadas- ideas¹⁵.

Pero aún en aquellos supuestos en los que – por múltiples razones que no es del caso examinar en este lugar¹⁶- se decide encarar procesos de reforma integral, cabe aclarar que en los países serios y con verdadera cultura democrática, esos procesos de derogación y sustitución por códigos completamente nuevos requieren, para emplear palabras de HABERMAS, un largo proceso de recíproca ilustración¹⁷.

Es un proceso que se mide en años, y no en meses, como parecería estar en mente de ciertas autoridades en el orden nacional, y de algunos de los actores privados promotores de la reforma. Y es que no se pueden hacer "a las apuradas" cosas de esta envergadura.....

Para formarse una muy pálida idea acerca del tiempo y estudio que debe llevar un proceso de reformas, nos permitimos recordar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y de prescripción data del año 2005, y todavía no ha sido sancionado, y que el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de España es del año 2008, con idéntico resultado negativo¹⁸. Con mayor razón ese tiempo es mucho más extenso, cuando se trata de la derogación de códigos históricos, y su sustitución por otros completamente nuevos. Una vez más, y sólo a fin de formarse una idea, vayan los siguientes ejemplos, suficientemente ilustrativos:

3.1. El proceso de reformas de la legislación civil de Quebec demandó 36 años hasta su sanción, y 39 hasta su entrada en vigencia. En 1955, el Gobierno de Quebec emprendió una reforma del Código Civil con la aprobación de la *Ley sobre la revisión del Código Civil*. Se creó la *Oficina de Revisión del Código Civil*, para dirigir el proyecto – y se formaron una serie de comisiones para hacer recomendaciones sobre la reforma de varias áreas del derecho civil- que produjo informes, celebró consultas, y presentó un Proyecto de Código Civil, con sus comentarios, a la Asamblea Nacional de Quebec en 1978. Tras nuevas consultas durante la década de 1980, las partes del libro de Derecho de Familia fueron adoptadas. El proceso de consulta continuó hasta la década de 1990, y el proyecto de nuevo Código Civil de Quebec se presentó en la Asamblea Nacional el 18 de diciembre de 1990. Fue aprobada el 8 de diciembre de 1991, y entró en vigor en 1994¹⁹.

3.2. Un tiempo todavía mayor demandó la reforma en Holanda: 30 años hasta su aprobación, y 45

¹⁴ Refiriéndose al problema de la unificación europea, ha dicho Christian LARROUMET (*La unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa*, en Revista de Derecho Privado, nueva época, año V, n° 13-14, México 2006, pp. 69-80): «El Derecho es el producto de una civilización con su comportamiento, su manera de pensar [...] No se puede reducir el Derecho a un puro fenómeno técnico de tipo económico y olvidar el aspecto cultural [...] los proyectos de textos de unificación han sido o son elaborados sólo por profesores de facultades de Derecho, los cuales han privilegiado el aspecto técnico de los conceptos y de los mecanismos jurídicos, los cuales no corresponden necesariamente a la tradición cultural nacional»

¹⁵ Ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss., donde se habla de las «soluciones "milagrosas" propuestas por sólo alguno de los redactores, y repudiadas o desconocidas en el resto del mundo, o por toda la doctrina nacional»; en idéntico sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119

¹⁶ En líneas generales, puede decirse que se ha producido en aquellos países que no habían tenido códigos propios; ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

¹⁷ Ver: nuestro trabajo: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez....* citado en nota 1

¹⁸ Ambos son mencionados en la Resolución (CD) N° 5626/09 de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la UBA, y en la presentación de la segunda edición del Código Civil sistematizado, dirigido por Atilio ALTERINI, y publicado por La Ley..

¹⁹ MJQ.: "[A Short History of the Civil Code Reform](http://www.justice.gouv.qc.ca/english/ministere/dossiers/code/code-a.htm)", in *Ministère de la Justice du Québec* Web site, January 19, 2006 (<http://www.justice.gouv.qc.ca/english/ministere/dossiers/code/code-a.htm>)

hasta su definitiva entrada en vigor. Ya con anterioridad a dicho proceso, en 1928, el Profesor MEIJERS hablaba de 100 puntos a reformar en el Código vigente, aunque por entonces no pensaba en su sustitución. Convertido en una figura de prestigio nacional tras el final de la segunda guerra, por haber sobrevivido a los campos de concentración, por Decreto real de 1947 se le encomendó la redacción de un nuevo Código, tarea a la que se avocó de inmediato. Tras su muerte, acaecida en 1954, su trabajo fue continuado por tres juristas de reconocido prestigio. Se publicó el texto del Libro 5 (Derechos reales) en 1955 y del libro 6 (De las obligaciones en general) en 1961. La publicación de libros individuales fue acompañada por extensos comentarios. En los años sesenta, los trabajos estuvieron repartidos entre un grupo creciente de personas. El 20 de abril de 1977, los libros 3, 5 y 6 fueron aprobados por la Segunda Cámara del Parlamento. La puesta en vigencia se difirió originalmente para 1984, pero a raíz de la oposición política, fue necesario esperar hasta el 01 de enero 1992 para que el derecho económico del nuevo Código Civil holandés, pudiese entrar en vigor²⁰. De paso, repárese en los tiempos de ultraactividad de las leyes derogadas, que al igual que en el caso anterior, fueron varios años.

3.3. En Italia, el proceso de reformas demandó 17 años, hasta su entrada en vigor. La Comisión que redactara el Código italiano de 1942 entró en funciones en 1925, presidida por V. SCIALOJA, y trabajó por más de 10 años. Dicho sea siquiera al pasar, el italiano es uno de los contados "ejemplos" de códigos completamente nuevos, pues la mayoría de los países trata con muchísimo respeto su legado cultural, pero es un caso que tiene su explicación en la aspiración nacionalista de contar con un Código "propio", pues el de 1865 era, con variantes, un texto tributario del Code Napoléon²¹.

3.4. Otro ejemplo histórico que confirma la necesidad de **un largo proceso de recíproca ilustración** a fin de legitimar racionalmente la sustitución de un Código por otro, puede verse en el proceso codificador en Portugal. Allí, una Comisión integrada por los más destacados juristas portugueses, (Universidades de Coimbra, Lisboa y Oporto), trabajó empeñosamente durante 22 años en la elaboración del proyecto que recibió sanción en 1966. El trabajo fue paciente y cuidadoso; los miembros de la comisión, a medida que redactaban sus anteproyectos, publicaban en el "Boletim do Ministerio da Justiça" artículos de doctrina para explicar el alcance de las modificaciones que proponían. Los anteproyectos de los distintos libros fueron presentados a partir del año 1956, y sobre ellos trabajó una comisión revisora, que produjo una serie de opiniones y dictámenes, compilados en cinco volúmenes, con el título de "Primera Revisión Ministerial", que fueron publicados entre 1961 y 1963, para facilitar su conocimiento y análisis por los entendidos. Después de recibir numerosas sugerencias y críticas, se efectuó una "Segunda Revisión Ministerial", publicada entre 1964 y 1966, en siete volúmenes, que también fuera objeto de discusión, antes de arribarse al Proyecto definitivo, que se presentó en mayo de 1966, y acabó por convertirse en ley seis meses después²².

Al igual que el Código italiano de 1942, se trató de un Código nuevo que vino a reemplazar al de 1867. Pero al igual que en Italia, fue fruto de un hecho autoritario de la dictadura de Antonio Oliveira Salazar.... Y no obstante ello, en ambos casos se siguieron procedimientos formales de discusión mucho más "democráticos", mucho más sinceramente dirigidos a una búsqueda de verdadero y auténtico consenso entre los destinatarios de esas leyes (y no meramente entre los encargados de sancionarlas), que los que parecería – y digo parecería, desnudando mis temores más profundos, pero esperando de corazón estar equivocado- que hoy pretende aplicarse en nuestro país....

²⁰ DANKERS-HAGENAARS, Diana: *Le Nouveau Code Civil Néerlandais de 1992. Aspects de la politique et de la technique législatives*, en : <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=126>; LANGEMEIJER, *La réforme du Code civil néerlandais*, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°1, Janvier-mars 1965. pp. 55-72.

²¹ *Codice Civile. Commentario*, Diretto da Mariano D' AMELIO, Firenze 1940, Vol I, p. 1 a 4.

²² MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El nuevo Código civil de Portugal – 1967*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXX, 1966, N° 4-5, p. 243-245.

Y todo ello agravado porque el plazo de entrada en vigencia previsto – tan exiguo como inusual a la luz de los antecedentes examinados, especialmente en el caso holandés- ha de traer trastornos muy serios al momento de su implementación en nuestro ya colapsado sistema de administración de Justicia²³, y en nuestro cada vez más desprestigiado régimen de enseñanza universitaria. Pero eso merece otro análisis específico.

4.- Una labor seria y responsable requiere tiempo, apertura al diálogo, debate, y mucha paciencia

En síntesis, ningún proceso de reforma serio se efectúa hoy en el mundo civilizado, del modo que se está pretendiendo implementar en Argentina; por el contrario, si de verdad se quiere que la derogación del Código vigente, y su sustitución por otro enteramente nuevo, goce de auténtica legitimidad democrática, y de prestigio académico y político, es necesario articular un espacio público de múltiples voces en el que todas tengan el tiempo y la oportunidad de expresarse, a fin de generar **un largo proceso de recíproca ilustración** entre todas ellas²⁴.

Es imprescindible ese proceso – extendido en un tiempo que se mide en años, y no en meses- de recíproca interacción comunicativa, no solamente entre los miembros de la comunidad jurídica, sino también y muy especialmente entre todos los integrantes del espacio público, pues en definitiva serán los destinatarios últimos de la reforma.

Y, en atención a la naturaleza misma de algunas de las reformas propuestas, entre esas voces que deben ser escuchadas muchas veces, con sumo respeto y atención, reviste capital importancia la de las distintas confesiones religiosas²⁵, en especial la de aquella que nuestra Constitución Nacional dice “sostener”, en su artículo 2.

Es imprescindible que todas las voces posibles tengan múltiples oportunidades de hacerse oír eficazmente²⁶; que quienes tuvieron ya ocasión de hacer oír su voz, por haber contado con el privilegio de participar en la elaboración del proyecto, guarden hoy un respetuoso silencio, y se dispongan a escuchar a quienes todavía no tuvieron oportunidad de expresarse. Después habrá de venir el turno de defender lo hecho y contestar, para luego aguardar pacientemente una nueva réplica en un largo proceso dialéctico y hermenéutico hacia la búsqueda de verdaderos consensos, que en definitiva persigan capturar ese aspecto dialógico que existe en la estructura misma del aprendizaje de la verdad.

²³ Se trata de no agudizar la crisis judicial, uno de cuyos factores es el incremento de la litigiosidad, no sólo en cuanto al número de procesos, sino, también en cuanto a la multiplicación de articulaciones de todo tipo, dentro de cada proceso. Si eso acontece con leyes que han tenido la decantación de más de un siglo, con abundancia de doctrina y jurisprudencia, es fácil pronosticar lo que acontecerá con un Código nuevo, para el que cada regla deberá ser sometida a análisis. Hasta que se elabore una nueva doctrina y se asiente la jurisprudencia, pasarán años, años perdidos en devaneos jurídicos que difícilmente el pueblo comprenderá. Preguntémosnos qué ocurrirá si ahora se sanciona un nuevo Código. Jura novit curia. Los jueces deberán estudiarlo y, sobrecargados como ya están de trabajo, no podría pedirles que roben horas al sueño, a ese dulce sueño que -al decir de Shakespeare- alimenta la vida. Fatalmente se producirá una disminución del tiempo empleado para sentenciar, incrementándose la del estudio del Código por venir. Y ni hablar de los problemas que habrán de generarse, cuando una causa hubiera tramitado íntegramente bajo la vigencia del viejo Código, pero debiere ser fallada bajo el imperio del nuevo.

²⁴ Ver: nuestro trabajo: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez.....* citado en nota 1

²⁵ HABERMAS: Fe y Saber, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la Pauskirche de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los librerros alemanes]

²⁶ «El segundo paso, luego de la aprobación de la ley de “bases”, es la elaboración de los anteproyectos, que deben someterse también a un adecuado debate de toda la opinión jurídica con tiempo suficiente, haciendo llegar copias de esos anteproyectos -para que analicen sus posibles virtudes o defectos-, a todos los Tribunales de Justicia del país, a todas las Asociaciones Profesionales vinculadas con el Derecho (es decir, Colegios de Abogados, Colegios de Escribanos, Asociaciones de Magistrados), a las Universidades, a las dos Academias Nacionales de Derecho e incluso a instituciones sociales que pueden verse afectadas en su funcionamiento por la sanción de estas leyes que alcanzan al tejido íntegro social del país, para que se expidan con tiempo y formulen las observaciones pertinentes» (MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.); en el mismo sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119

Pues la verdad no puede imponerse por la fuerza física, pero tampoco por la fuerza lingüística, esto es, por recursos lingüísticos emocionales, o persuasivos; de allí «cada vez que tratamos de explicar y enseñar la verdad, por más certeza que tengamos sobre ella, el otro tiene derecho a interpelarnos [...] Por ende, toda verdad propuesta es un camino hacia un diálogo implícito. Y ese diálogo es, a su vez, el camino humano hacia la verdad [...] Por supuesto, todo esto es así en caso de que el ser humano esté cumpliendo con el deber de buscar la verdad, concomitante al deber de proponer, no imponer y dejarse interpelar [...] De lo anterior se desprende que estar abierto a la crítica del otro no es fruto de dudar de lo que uno dice, sino de reconocer en el otro su condición de persona, que sólo puede ver la verdad mediante argumentos y evidencias que dejan de lado toda coacción [...] Se debe desconfiar moralmente, por ende, de cualquiera que esté en condición de hablar sin tener la posibilidad de ser interpelado de algún modo»²⁷

Todo ello requiere un largo proceso, un extenso tiempo que no pueden proporcionarlo los procedimientos de debate parlamentario, a fin de que decanten los argumentos, y maduren las ideas.

Y sobre todo, un tiempo necesario a fin de que se apacigüen las ambiciones, se aquieten las pasiones, y puedan brillar las ideas. Las pasiones de quienes pusieron su fuerza espiritual en la elaboración del proyecto, y es humanamente comprensible que quieran ver materializada en la realidad esa obra de su espíritu. E igualmente, las pasiones de quienes no hubieran sido llamados a participar en dicha labor, y puedan – con razón, o sin ella- sentirse preteridos, desplazados, u olvidados, pues ello también es humanamente atendible.

Pues únicamente el tiempo posee esa virtualidad de generar los necesarios espacios vitales que conduzcan a purificar las intenciones, diluir las pasiones, y clarificar las ideas....

Solamente después de años de debate, de muchas Jornadas y Congresos convocados para discutir su contenido, únicamente luego de haberse cumplido ese **largo proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones**, el anteproyecto debería tomar estado parlamentario, para recoger un consenso previo obtenido informalmente en el espacio público – tanto en la comunidad jurídica, como en la opinión pública- y fuera del juego formal de las instituciones²⁸.

Años de debate, que serán también de estudio, para que jueces y abogados puedan actualizar sus conocimientos a un ritmo razonable, y para que estudiantes universitarios completen el cursado de todas las materias de Derecho Privado bajo el imperio del mismo Código; pues aquí no está de más apuntar que los déficits de formación académica de los profesionales del derecho, los terminan pagando normalmente las partes litigantes requirentes de sus servicios, y por lo tanto “devaluar” sus saberes científicos, no contribuye precisamente al bien común.

De no ajustarse a estas pautas, el final de la historia – y recordando aquella sabia máxima de COUTURE, para quien “*el tiempo se venga de las cosas que hacen sin su colaboración*”- es también bastante previsible, pues un proceso de reformas que trate con tan poco respeto el Código vigente – que habrá de derogarse en muy breve plazo, y sin el debate amplio que merecen esos ciento cuarenta años de vigencia- está destinado a sufrir su misma suerte en el futuro; y por lo tanto importa afrontar el peligro de introducir la inestabilidad e inseguridad jurídica en un sector del derecho que requiere lo opuesto, y que hasta aquí lo ofrecía.

Ello representa asumir riesgos muy serios para la actividad económica, pues en la actual

²⁷ ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, Julio de 2000

²⁸ Ver: MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.; en idéntico sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando José D.: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez....* citado en nota 1

encrucijada histórica no parece prudente introducir cambios legislativos significativos, en momentos de grave crisis económica y financiera a nivel global, en el que todo esfuerzo debiera dirigirse a superarla, cuidando de no introducir factores irritativos que agraven el riesgo país²⁹. Si ello ha de ser así aunque se trate de un Código ampliamente debatido y consensuado, con mayor razón todavía lo será con un texto inestable, y llamado de antemano a su reforma permanente hasta alcanzar el consolidado histórico del que hoy gozamos, intención que se induce de la “apelación” al mensaje de elevación de la ley n° 340 para justificar la prisa. Pero ello también merece otro análisis por cuerda separada.

II.- GRAVÍSIMOS VICIOS DE CONTENIDO EN LOS LIBROS I, TÍTULOS I, II Y V³⁰

Cabe, en esta segunda parte, abordar algunos vicios de contenido sumamente graves.

1.- Una igualdad falsamente proclamada

Los fundamentos del anteproyecto “Lorenzetti y otros”³¹, proclaman que el texto presentado al PEN pretende ser un Código de la igualdad³², un Código basado en un paradigma no discriminatorio³³, y un Código de la constitucionalización del Derecho Privado, y en particular de los tratados de derechos humanos.

En este reducido espacio vamos a tratar de demostrar brevemente la falsedad de dichas afirmaciones, para probar que, de sancionarse el proyecto, ha de ser un Código de la desigualdad, de la discriminación, y de la violación de derechos humanos fundamentales.

1.1.- Como la igualdad, lo mismo que los derechos humanos, son ideales de realización progresiva, para facilitar ese examen vamos a hacer uso a un recurso lingüístico: el de la intertextualidad, y a poner en parangón textos del proyecto, con otros textos del primitivo Código de Vélez, que fueran derogados justamente por no ajustarse a ese ideal de igualdad.

1.2.- Los textos de Vélez, luego derogados por la ley 23.264, que interesan a los fines de esta exposición son los arts. 341, 342, y 344³⁴. Del juego de esos textos surgía que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos carecían de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación

²⁹ En realidad, en el actual contexto nacional y global, un nuevo Código puede representar una “jugada” peligrosa que incremente el riesgo país, incluso con independencia de su contenido. Por ello, las reformas que pueda parecer conveniente sancionar deben ser puntuales. Pero derogar el Código Civil y el Código de Comercio que nos rigen, para reemplazarlos por un nuevo texto, es incidir en la columna vertebral del orden jurídico del país, en todos los temas del Derecho Patrimonial. No es de esperar que los actuales y los potenciales inversores extranjeros -por no hablar de los nacionales- vean sin preocupación tales cambios, porque éstos afectan a las reglas de juego con las que se mueven o se moverán. La estabilidad jurídica es un factor decisivo en la estabilidad económica.

³⁰ Hemos abordado estas cuestiones con mayor detalle en nuestro artículo: *Las técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de Código Civil. Una gravísima violación a derechos humanos fundamentales a la persona*, en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-el>

³¹ No obstante que durante el acto de apertura de Sesiones ordinarias, nuestra Presidente afirmó ante el Congreso de la Nación, “medio en serio y medio en broma”, que se sentía un poco como Napoleón, pensamos – con el debido respeto que nos merece su persona e investidura- que yerra en su apreciación. En nuestra humilde opinión, de sancionarse el texto actualmente elevado al Congreso, ese papel le ha de caber más al Dr Ricardo LORENZETTI, pues – a diferencia de Francia y debido a peculiaridades de nuestra idiosincrasia- en nuestro país nadie habla del Código de Mitre, o Sarmiento, sino del de don Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD.

³² Dicen los Fundamentos: «Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables»

³³ Dicen los Fundamentos: «En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza»

³⁴ Cuya fuente es K.-S. ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172.

biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos. Tales categorías de hijos se encontraban en una situación de “desigualdad” respecto de las restantes, que vino a suprimir la ley 23.264.

1.3.- Por una de esas extrañas paradojas de la historia, el proyecto ha vuelto a establecer categorías distintas de hijos, con diferentes derechos según sea la adscripción a la respectiva categoría, como lo demuestran sus arts. 561, 562, 565, 575, y 577.

El proyecto distingue claramente entre dos categorías de filiación: la filiación “por naturaleza”, y la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”.

Los hijos derivados de esta segunda categoría, lo mismo que los adulterinos, incestuosos o sacrílegos del antiguo derecho, carecen de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos.

Es decir, lo mismo que los hijos sacrílegos de antaño que venían al mundo con una marca de nacimiento (pues, en palabras del dicho popular, en sentido biológico no tenían ni padre, ni madre, ni perro que les ladre), hogaño los hijos derivados de “las técnicas de reproducción humana asistida”, también habrán de venir al mundo con una marca de nacimiento; serán hijos producidos en laboratorio, de “industria nacional” – como si se tratara de meros electrodomésticos, “fabricados en Tierra del fuego”- y que no habrán de gozar de los mismos derechos de quienes cuenten con una “filiación por naturaleza.

Y no se diga que ello se hace teniendo en miras la protección de la “familia”, a la que dicho niño adviene, pues se trataría de una justificación análoga a la que en su hora se utilizara para fundar textos como el del primitivo Código de Vélez³⁵, proteger de “escándalos” a la familia “bien constituida”, en detrimento del interés del menor.

1.4.- Aquí podría hacerse también un brevísimo excurso, a propósito de la voluntad procreacional, que viene a invertir peligrosamente el juego de la autonomía de la voluntad, tal como tradicionalmente lo veníamos conociendo.

En efecto, tradicionalmente el juego de la autonomía de la voluntad era muy limitado, y prácticamente nulo en materia de derecho de familia, pues por más “voluntad” que se empeñara, ella era impotente para alterar la realidad biológica. Pues adviértase que la denominada “voluntad procreacional” expresada positivamente por el comitente, tiene como contrapartida negativa la voluntad “no procreacional” del aportante de gametos, voluntad negativa que – por ahora- no ha de jugar en la filiación “por naturaleza”, pero sí en la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”³⁶.

En cambio, esa autonomía era bastante amplia en materia patrimonial, como lo demuestra el art. 1197 C. Civil. Con normas como la del art. 561, el proyecto pareciera iniciar una tendencia a ampliar el campo de acción de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia³⁷, mientras que, como contrapartida, podría observarse una dirección a restringirlo en materia patrimonial, como lo pone de manifiesto el texto de su art. 765.

2.- Gravísima violación de derechos humanos fundamentales. Un verdadero genocidio en marcha

³⁵ En ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172, puede leerse: «elle répond le mieux au sens littéral de l' art. 335 et a l' esprit de la loi, qui est empêcher le scandale et la discorde dans les familles». Desde luego que la situación sería análoga, pero no idéntica; allí se trataba de proteger de escándalo, fundamentalmente a la familia «biológica», y aquí principalmente a la «encomendada».

³⁶ Decimos “por ahora”, pues el camino queda abierto, ya que biológicamente toda filiación es “por naturaleza”.

³⁷ Tendencia que tampoco puede decirse que responda a una lógica constante, pues, como contrapartida, en materia de concubinato no se da cabida a dicha “autonomía”, pues no se respeta la *intentio juris* negativa del efecto jurídico.

Sin embargo, pese a configurar una grave violación de derechos humanos fundamentales, con todo, no es eso lo más objetable del proyecto, sino esto otro: su regulación deja la puerta abierta para legitimar un auténtico genocidio de seres humanos.

2.1.- En efecto, según predicen las ciencias biológicas, el embrión es verdadero individuo de la especie humana.

Si siguiendo sus enseñanzas³⁸, a partir de la fecundación, o unión de dos gametos, existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres³⁹, porque a partir de entonces hay un "quid", o entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética⁴⁰.

Esto ya fue señalado por LEJEUNE (descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de Down), es decir que desde el momento mismo de la concepción hay un individuo de la especie humana, pues, en sus palabras:

« [...] cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad».

2.2.- Y esto, que configura una verdad biológica, también constituye una verdad constitucional, a partir del juego de los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica – conjugado con los arts. 3 y 24 del mismo Tratado- y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, textos incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22.

Por el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica: **«Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica»**; por el art. 4.1. **«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**

³⁸ Ver, entre otros: PARDO, Antonio: *La determinación del comienzo de la vida humana: Cuestiones de método*, en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007/3ª, p. 335; del mismo autor: *Embrión y preembrión*, en Cuadernos de Bioética, 1997;8(4):1416-31; también: *Bioética y tecnología del fecundación humana*, en AA. VV. *Bioética en las Ciencias de la Salud*. Alcalá la Real, Asociación Alcalá, 2001: 203-220; RHONHEIMER, Martin: *“Ética de la procreación”*, RIALP, Madrid 2004, caps. III y IV, p. 175 a 222; OLLEROS, Andrés: *Dignità e statuto giuridico dell' embrione humano*, en *Colloqui sulla dignità humana. Atti del Convegno internazionale Palermo, ottobre 2007* (págs. 113-149); HONNEFELDER, L: *Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos*, Cuadernos de Bioética. 1997 VIII (31):1034-47; ANDORNO, Roberto: *El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?*, Cuadernos de Bioética, 15, 3º 93, pp. 39-48; BALLESTEROS, Jesús: *El estatuto del embrión* en <http://www.bioeticaweb.com>; HERRANZ, Gonzalo: *El mito del preembrión*, en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/full/4177/40/>; LOPEZ MORATALLA Natalia, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*, en La humanidad in vitro, Jesús Ballesteros, coordinador, Editorial Comares, Granada 2002, La visión científica de un fallo, Provida press, n°381, 15/11/2011; NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007; del mismo autor: "De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie" en *Persona y Derecho*, n° 52. Julio-agosto, 2005; TOMAS Y GARRIDO Gloria María: *El estatuto científico del embrión*, en *Bioética personalista, ciencia y controversias*, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007; WALDSTEIN, W: *Natural law and the defence of life in Evangelium Vitae*, incluido en el volumen: "Evangelium Vitae": Five Years of Confrontation with the Society, *Proceedings of the VI Assembly of the PAV (11-14 February, 2000)*, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 2001;

³⁹ En ese sentido, se ha dicho que "lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana." (TOMAS Y GARRIDO Gloria María: *El estatuto científico del embrión*, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007)

⁴⁰ Como enseña una Catedrática de Biología molecular de la Universidad de Granada "La dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser" (LOPEZ MORATALLA Natalia, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*)

concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»; por el art. 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley»

A su turno, el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 23.849, establece: **"Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"**; el art. 2 de la ley 23.849, dispone expresamente: **"Con relación al art.1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad"**⁴¹.

Se trata de todo un bloque de constitucionalidad, que define claramente a la persona física, como necesaria respuesta del derecho frente al individuo de la especie humana formado a partir del momento de la concepción.

2.3.- Sin embargo, el proyecto prescribe contra el tenor de esos textos de rango constitucional:

ART 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.*

Las soluciones dadas para tales individuos de la especie humana antes de la implantación (art. 19), no solamente violan textos de rango constitucional, sino que también afectan los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado:

«La legitimidad del Estado moderno se basa ante todo en su función de protector de la vida. Esa protección no es el resultado de una decisión mayoritaria, sino que es la condición para que se pueda exigir a las minorías que se sometan a las decisiones de la mayoría. Allí donde se priva de derechos a la minoría, ni siquiera la mayoría puede legitimar»⁴².

Como bien escribiera para Alemania el diputado socialdemócrata Adolf ARNDT, la interpretación constitucionalmente relevante del principio general de igualdad de la Constitución alemana, significa que al Estado le ha sido sustraída toda capacidad de determinar quién es persona, porque conforme al artículo 3, a todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad⁴³. Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, **"significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho"**⁴⁴. Por ello, correctamente apuntaba ya Sergio COTTA, **«En el centro de la reflexión antropológica debe estar la noción de individuo real. Esta es preferible a la en el fondo ambigua de persona»**.

⁴¹ En cuanto al valor de dicha declaración, y en particular si este es igual al de una reserva, desde 1993 la Comisión Internacional de Derecho se ha abocado a tratar como tópicos "The law and practice relating to reservations to treaties", conforme decisión aprobada por la Asamblea General, en la resolución 48/31 del 9-12-93, y en cuyas conclusiones de 1998, se quiso dejar en claro, que reservas y declaraciones tenían el mismo valor, en relación con las tres convenciones de Viena, y se encontraban sujetas a un mismo régimen jurídico, de allí «que las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina. Tienen el mismo régimen jurídico de vigencia que las reservas y un régimen más amplio de validez» (BASSET).

⁴² SPAEMANN: "Límites acerca de la dimensión ética del actuar", EIUNSA, Madrid 2003, cap. 28

⁴³ Citado por SPAEMANN, op. cit. cap. 29.

⁴⁴ SPAEMANN, op. cit. cap. 28.

Pero incluso hay algo más, aunque quizás pueda parecer un exceso de sutileza: desde nuestras concepciones sobre como debe entenderse el fenómeno político, las técnicas de reproducción humana artificial conllevan otro riesgo que pone en tela de juicio su legitimidad desde una perspectiva democrática, pues esas técnicas seleccionan algunos embriones para su implantación, y desechan los restantes. Pero al seleccionar algunos individuos de la especie humana, y suprimir otros, queda inmediatamente sobrevolando la sospecha de un “consenso manipulado”, y por ello ilegítimo, pues de ese modo se estaría cooptando algunos seres e impidiendo que otros se sumen en el futuro al espacio público de múltiples voces que supone el diálogo democrático; se estaría manipulando *hic et nunc* un consenso democrático que por definición debiera quedar abierto a la espera de la articulación espontánea y libre de nuevas voces⁴⁵, las voces inocentes de quienes serían aplastados por un verdadero genocidio.

3. – Pretendida justificación biológica

El intento de justificar soluciones como las del art. 19 del Proyecto, ha recorrido distintos caminos.

Un primero, sobre el que paso a formular algunas breves observaciones, puede encontrarse en textos como el publicado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva⁴⁶:

«**Status biológico del pre-embrión** Aspectos técnicos y científicos actuales. Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona. La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva considera que existe en Argentina una gran confusión en la nomenclatura y que debe definirse específicamente los diferentes estadios evolutivos en la etapa pre-embionaria. Según el conocimiento actual se considera: **Fecundación**: Se denomina fecundación al proceso que se inicia con la entrada del espermatozoide al óvulo. En caso de ser normal dará lugar al cigoto. **Pre-embrión**: Desde un punto de vista biológico, se denomina pre-embrión al estadio evolutivo que se inicia con el oocito fecundado o cigoto y finaliza con la implantación del mismo en el útero materno. [...] Si bien el pre-embrión no es persona actual, es un conjunto celular indiferenciado, con una probable potencialidad de serlo en un bajo porcentaje de casos. De esa potencialidad deriva un status diferente o un nuevo status que desde la perspectiva bioética merece el máximo respeto, protección y cuidado»

Hay aquí, una serie de falacias, algunas más visibles que otras:

3.1.- En primer lugar, el pasaje contiene una insalvable falla lógica, pues comienza afirmando que «Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona», para más adelante disparar esta desconcertante afirmación: «Si bien el pre-embrión no es persona actual...». La contradicción es tan evidente que golpea la vista, pues si por hipótesis «desde un punto de vista

⁴⁵ En idéntico sentido, dice HONNEFELDER (*Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos, Cuadernos de Bioética*. 1997 VIII (31):1034-47): «Quien restrinja la índole de persona a aquellos que son actualmente capaces de reconocimiento recíproco, a decir verdad puede aducir una ética de la equidad entre los igualmente fuertes, pero traicionando el sentido de la doctrina de los derechos humanos, a saber, el de una ética de la solidaridad con todos. Para cumplir este requisito, el reconocimiento ha de tener en cuenta sólo aquello que distingue al ser humano como tal, es decir, el hecho de ser un individuo de la especie natural “ser humano”» En la misma línea de pensamiento que se viene de exponer, ha dicho con razón SPAEMANN, al referirse al aborto (*Límites ...* cap. 29, p. 351): «Ningún consenso fundamental político o social vale de una vez para siempre. Quienes vayan llegando mostrarán si se adhieren al consenso o no. La legalización del aborto es un intento de prevenir eso. Hace de la sociedad una *closed shop*. El *establishment* coopta miembros o los excluye»; en parecidos términos, se expresa más adelante (*Límites ...* cap. 30, p. 365). Además del genocidio implícito que conllevan las prácticas usuales de la FIV, la selección eugenésica previa a la implantación configura uno de los aspectos más cuestionables desde una perspectiva ética, no solamente porque evoca reminiscencias de épocas de pasado horror, sino también porque abre nuevos cauces por los que se han de canalizar otras tantas causas de discriminación y de rechazo al “diferente”, o “no deseado”.

⁴⁶ Ver: http://www.samer.org.ar/publicaciones_normativas_preembriones.php. Contra ese enfoque, entre otros, ver: <http://www.unav.es/humbiomedicas/apardo/preembrion.pdf>; <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/875/87506401.pdf>; <http://www.profesionalesetica.org/manifiesto.php>; http://www.unav.es/humbiomedicas/apardo/bio0405/reproduccion_asistida.pdf; http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=IbTptNWc6DE; <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4177/40>; [http://www.cell.com/fulltext/S0092-8674\(05\)01180-3?large_figure=true](http://www.cell.com/fulltext/S0092-8674(05)01180-3?large_figure=true)

estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona» (lo cual es, según se ha de ver, correcto bajo el actual paradigma científico), la afirmación según la cual, en ese proceso dinámico y continuo «el pre-embrión no es persona actual», se presenta como manifiestamente vertida fuera de la esfera de competencia rigurosamente científica, para configurar un mero prejuicio u opinión ajeno al campo estricto de la ciencia.

En realidad, la biología no nos puede decir mucho acerca de la "persona" humana, porque ese es un concepto primero filosófico, y luego jurídico; lo que sí nos puede contestar, y de hecho lo hace, es a partir de qué momento existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres; ese momento es la "fecundación", o unión de dos gametos, porque a partir de entonces hay un "quid", o entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética⁴⁷.

3.2.- No se detienen allí las fallas de razonamiento, pues otro tanto acontece con la categoría misma del "pre-embrión", pues un proceso dinámico y continuo que comienza con los primeros signos de vida biológica y culmina con la desaparición de dichos signos, se puede ciertamente describir científicamente como tal, pero toda distinción en fases o etapas en que se lo quiera dividir, tendrá forzosamente el signo de la arbitrariedad, pues requerirá acudir a "criterios" distintivos que no es posible encontrar en la observación de los hechos, sino en categorías conceptuales ajenas a dichos hechos.

Por ello, el valor de dichas distinciones será meramente didáctico y descriptivo (es necesario "unir sin confundir, distinguir sin separar", rezaba un viejo principio filosófico), y sumamente relativo; pero pretender extraer algo más que el mero valor didáctico de dichas distinciones, para darle proyecciones ontológicas y metafísicas, es traicionar al método científico mismo⁴⁸. De hecho, cualquier genetista o biólogo molecular sabe perfectamente que durante el día 14, convencionalmente fijado como del paso de la etapa del pre-embrión a la de embrión por quienes aceptan el distingo, no ocurre nada de extraordinario.

3.3.- En efecto, por un lado, si la ciencia no nos puede decir cuando "comienza la persona", tampoco

⁴⁷ «La célula, con el fenotipo cigoto, está dotada de una organización celular que la constituye en una realidad propia y diferente de la realidad de los gametos o materiales biológicos de partida. Difiere de cualquier célula pues posee polaridad y asimetría, ya que sus componentes se reordenan según el trazado de los ejes que establecerán, pasado el tiempo, la estructura corporal, mostrando así que se ha constituido mediante un proceso de autoorganización del material biológico resultante de la fusión de los gametos paterno y materno. La señal que dirige la constitución y estructura del cigoto es el cambio del nivel del calcio en el citoplasma de la célula. Con ello se origina nueva información, o información epigenética, que se emitirá a partir de entonces de forma armónicamente coordinada, tanto espacial como temporal. Su genoma posee el estado característico y propio de inicio de un programa de vida individual. El cigoto es la única realidad unicelular totipotencial capaz de desarrollarse a organismo siguiendo la trayectoria vital generada. Es precisamente el estado cigoto, por poseer una organización polarizada y asimétrica de sus componentes, lo que permite un crecimiento como organismo: un crecimiento diferencial y ordenado en el que las multiplicaciones celulares se acompañan de diferenciación celular [...] El cigoto posee más información genética que el genoma resultante de la mera fusión de los pro-núcleos de los gametos de sus progenitores. En este sentido, se afirma que tiene realidad de viviente de su especie; realidad que no se confunde con la de una célula viva en un medio que le permite crecer, ni con un conjunto de células vivas. El cigoto es, por tanto, un viviente con las características propias del tiempo cero de vida. Es un cuerpo con los ejes corporales incoados, y no una simple célula. Su genoma se ha formado y activado en la fecundación. Se ha producido un encendido, una puesta en acto de la expresión de la información de los genes, que son el patrimonio del nuevo individuo [...] En el centro de los fenómenos vitales está la transmisión de una información genética. El ser concebido de nuestra especie está vivo; es una nueva unidad de información en acto, "encendida", y que irá actualizando paso a paso las potencialidades que posee» (LOPEZ MORATELLA Natalia: *El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*, Universidad de La Sabana)

⁴⁸ «El embrión temprano no es un simple tejido homogéneo e indiferenciado. El cigoto (o fase unicelular del individuo) se constituye, a partir del material heredado de los progenitores, como una célula con organización polarizada y con una propiedad peculiar que la distingue de cualquier otra célula: contiene el plano de las primeras divisiones celulares y se organiza en una unidad vital, tanto en sus estructuras espaciales como en sus funciones. Es un organismo en su fase inicial más sencilla y no una mera célula. El concepto de preembrión (aplicado al embrión preimplantatorio), como una fase del desarrollo en que no ha alcanzado el carácter de individuo de la especie, por la posibilidad de dar origen por división a gemelos monocigóticos, carece de fundamento biológico. Un embrión no se parte en dos mitades porque es asimétrico y las diversas células que lo componen son diferentes entre sí, desde el estado de dos células. El estatus del embrión preimplantatorio (generado naturalmente o creado in vitro) es el mismo: individuo de la especie humana» (LOPEZ MORATELLA Natalia: *La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida*, en *Persona y Bioética* • Septiembre-Diciembre 2003 • Enero-Abril 2004 • Años 7 y 8 • N°s. 20-21)

nos puede decir que el “pre-embrión”, por hipótesis una parte o etapa de ese «proceso dinámico y continuo», no ha alcanzado dicho status.

Por el otro, hoy configura un axioma suficientemente reconocido en epistemología de las ciencias, que no es posible separar enteramente los hechos de la teoría; y solamente desde un positivismo ingenuo pudo pretenderse lo contrario, pues toda descripción supuestamente objetivante de los fenómenos, deberá – previamente- recortar una porción del universo en base a categorías puramente mentales, o parámetros subjetivos. Ese positivismo ingenuo se preciaba de ser capaz de formular leyes exactas en base a la observación empírica de los fenómenos, por ejemplo, que «el calor dilata los gases», hasta que un espíritu inquieto como el de Karl POPPER formulara la perversa pregunta: « ¿Qué es un gas?». Tal es, en definitiva, lo que se conoce como problema de la *'Theory Ladenness'*⁴⁹ en la epistemología contemporánea⁵⁰.

Como resultado de la polémica que abriera POPPER, es bien sabido⁵¹ que el debate epistemológico contemporáneo se mueve signado por un desencantamiento acerca de la pretendida infalibilidad de las ciencias positivas, y por lo tanto en el marco de cierto escepticismo apriorístico que se niega a dar preeminencia a las conclusiones de ciertas áreas del saber sobre otras, y llega a considerar a todas como distintas tradiciones dentro de la cultura occidental.

3.4.- Desde esta perspectiva propia del escepticismo relativista postmoderno, podría afirmarse que el óvulo fecundado, ya desde su primera fase o etapa es un individuo de la especie humana según la definición de la ciencia médica, pues posee un ADN propio y un Código genético distinto del de sus progenitores, pero que no se puede predicar nada acerca de su carácter de persona. Pero, llegados a ese punto ya no podríamos conceder más a dicha postura, y le reclamaríamos que guardara un mínimo de coherencia con sus propios postulados, y a su turno reconociera que tampoco puede probar lo contrario, es decir, que el óvulo fecundado no es una persona. A un relativismo escéptico que duda de toda certeza, no se le han de tolerar incoherencias a la hora de decidir nada menos que sobre la vida humana; por el contrario, se le ha de exigir la congruencia en la duda hasta sus últimas instancias.

En consecuencia, todo lo más que podríamos extraer de dichos postulados, es una situación sembrada de dudas o incertidumbre, pues en definitiva no podríamos saber si la acción de interrumpir dicho «proceso dinámico y continuo biológico» antes de su término natural, importaría – o no- matar un ser humano, o si la acción de crioconservarlo, conllevaría un inaceptable atentado contra su dignidad, y una flagrante violación a los derechos humanos más fundamentales.

Ahora bien, esa clase de duda sería fatal para la tesis que comento, pues impondría la abstención del hecho, tanto desde un punto de vista ético, como jurídico. Desde la primera perspectiva, porque como bien enseñara Sebastián SOLER, apelando incluso a la sabiduría popular⁵², «si alguien tiene dudas acerca de la ilicitud de su hecho y a pesar de ello actúa, su obrar es culpable y no de buena fe». Y desde la segunda, porque como bien enseñara ROXIN⁵³: «Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente — aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en

⁴⁹ ver: ZANOTTI, Gabriel, “El problema de la *'Theory Ladenness'* de los juicios singulares en la epistemología contemporánea”, en *Acta Philosophica*, vol. 5 (1996), fasc. 2, pp. 339-352.

⁵⁰ Sobre el problema, ver *Teoría de la acción comunicativa* de HABERMAS (Taurus, Madrid, 1998, T I, p. 156). Este es el camino que iniciara Karl POPPER (*La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1980). A ese debate, iniciado por POPPER se suman luego KUHN (*La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, Bs As. 2004), LAKATOS Y FEYERABEND (*Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1986), autor este último para quien la Ciencia es una tradición más, entre muchas. Para el tema, ver: ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la naturaleza*, Pamplona 2006, Cap. III, especialmente n° 7, p. 79 a 99

⁵¹ Y, por lo demás, lo señala HABERMAS en el párrafo citado en nota anterior

⁵² SOLER: *Derecho Penal Argentino*, T II, § 34, V

⁵³ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 12, I, 3, p. 425

contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo», razón por la cual páginas más adelante, dará los siguientes ejemplos: «si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante, posee dolo del § 292 y de los §§211 [asesinato], 212 [homicidio]»⁵⁴; «A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta»⁵⁵.

En otras palabras, aún bajo el actual paradigma científico, la única consecuencia ética y jurídica válidamente predicable sería la abstención de tales hechos, porque un cambio de paradigma podría traernos la desgraciada – y sumamente trágica- confirmación de haber perpetrado un verdadero genocidio. El imperativo ético que corresponde aquí aplicar, arranca, para usar palabras de Hans JONAS, de la "heurística del temor". (*Heuristik der Furcht*) -respeto mezclado con miedo- Es el miedo a las consecuencias irreversibles del progreso (manipulación genética, aniquilación en masa de seres humanos, selección eugenésica previa a la implantación fundada en razones discriminatorias), lo que nos obliga a actuar imperativamente prohibiendo tales comportamientos, para cumplir con la nueva formulación del imperativo categórico, pero aplicado con mayor rigor todavía, que propone Hans JONAS: **«Incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre»**⁵⁶.

Tal es la formulación del “principio de responsabilidad, que jurídicamente se traduce en el principio precautorio”⁵⁷.

4. – Pretendida fundamentación utilitarista

Una segunda vía para intentar fundamentar soluciones como la del art. 19 del proyecto, pasa por argumentaciones del siguiente tipo:

« [...] no existe posibilidad científica de que el embrión se desarrolle fuera del cuerpo de la mujer y tampoco lo hay de que el procedimiento de reproducción extracorpórea se realice sin crear varios embriones. De entre ellos, no pueden implantarse varios en el cuerpo de la mujer, por los peligros que ello implica y desarrollado uno, los demás no son usados. Por lo que reconocer personalidad humana al embrión implicaría darle todos los derechos civiles que corresponden y además la imposibilidad de darles un destino diferente a la implantación. Con lo cual, el resultado, sería que se debiera prohibir la reproducción humana asistida y, con ello, privar a parejas heterosexuales y homosexuales a formar una familia. Esto, en el estado de la ciencia actual»⁵⁸

⁵⁴ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, I, 5, p. 455

⁵⁵ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, II, 1, p. 458

⁵⁶ JONAS, Hans: *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995 Cap. I, V, pág 40

⁵⁷ El primero de estos principios, puede expresarse así: obra de tal manera, que las consecuencias de tu acción no destruyan, amenacen, o disminuyan las posibilidades de la vida humana, o de su medio cultural, social, o ambiental hoy y en el futuro, pues como enseña JONAS, “Los errores mecánicos son reversibles; los errores biogénéticos, irreversibles”; “los errores mecánicos afectan al objeto, los biogénéticos se extienden fuera de él” (JONAS, *Hans: Technik, Medizin und Ethik; Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985, pág. 216, citado por KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, cap. Vigésimo, IV, 4, pág. 535). El segundo de ellos, al decir de BERGEL (*Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil*”, en *Derecho Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.1012), tiene dos componentes fundamentales: 1). La necesidad de actuar ante la amenaza de un riesgo real o potencial, cuya efectivización puede conducir a la generación de daños graves e irreparables, 2). La falta de evidencia científica con respecto a la existencia del propio riesgo. Dicho principio se diferencia de la tutela preventiva en que la precaución aconseja actuar aún ante la incerteza de los daños que se estarían por producir, pero que de ser ciertos los temores sus efectos podrían ser devastadores.

⁵⁸ Explicación que habría dado en Córdoba una de las autoras del proyecto, reproducida en un foro de debate por el Profesor José Fernando MÁRQUEZ; literalmente el proyecto expresa: «La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno». Hubiera sido de desear, que, en homenaje a la honestidad intelectual, hubiera reconocido también que sin el auxilio de esas técnicas, tampoco existe posibilidad natural de generación de un embrión fuera del seno materno, para de ese modo centrar en su justo punto el debate y desnudar que, luego de haber “engendrado” – en todos los sentidos de la expresión- el problema, el “negocio tecnológico” no solamente pretende desentenderse de su solución, sino que además persigue

Aquí se olvida otro aspecto fundamental: no hay, estrictamente y en sentido propio, un “derecho al hijo”. Por un principio filosófico muy caro a los kantianos, pero que hoy es universalmente aceptado, toda persona (en sentido filosófico, lo que equivale a decir, todo individuo de la especie humana) es un fin en sí mismo⁵⁹, un verdadero autofin⁶⁰, que no puede convertirse en medio para la felicidad de otra.

Pues bien, aquello que es un fin en sí mismo, nunca podría configurar el objeto de un derecho para otro. Por ello, no puede existir, desde una perspectiva de Filosofía jurídica, un derecho al hijo⁶¹. Prescindiendo de otras cuestiones, si las técnicas de reproducción extracorpórea no pueden realizarse hoy sin “crear” varios embriones.... pues ¡peor para la ciencia...! porque eso significa que, por respeto a la dignidad de esos individuos de la especie humana, por ahora no podemos autorizar dichas técnicas que terminan desembocando en un asesinato masivo de todos esos embriones (en realidad, verdaderos seres humanos) sobrantes.

No es la ciencia médica quien nos debe imponer la agenda bioética, sino al revés, es la Ética la que debe dictar esa agenda, pues como ha dicho muchas veces Jürgen HABERMAS: «La biología no conoce ninguna moral [...] Nosotros mismos tenemos que decidir [...] La biología no nos puede dispensar de consideraciones morales. Y la bioética no nos debería llevar a extravíos biológicos. Por otro lado, los puntos de vista morales son materia de discusión, y en especial la incorporación moral de nuevos fenómenos...»⁶²

En consecuencia, y contra lo que pretende la argumentación utilitarista que aquí se combate: si el embrión es un individuo de la especie humana, debe reconocérsele la personalidad y todos los derechos fundamentales, desde el momento mismo que da comienzo su vida, pues lo primero es un dato científico, en tanto lo segundo no pasa de ser un artificio técnico propio de nuestro modo de abordaje de la realidad, que reclama la delimitación de “centros de imputación” para la atribución de derechos, deberes, roles, y funciones. Si obráramos de otro modo, estaríamos haciendo lo mismo que todos aquellos totalitarismos que “concedían” (y no meramente “reconocían”) o denegaban graciosamente la personalidad en base a preferencias de raza, sexo, religión, o condición social, y quebrantando los fundamentos mismos de la

que el Derecho le “resuelva” los que va produciendo en su despiadado paso hacia una ganancia económica perseguida como meta, sin miramientos de ninguna especie.

⁵⁹ En la *Crítica de la razón práctica* (Bs. As., 2003) de KANT, pueden leerse los siguientes pasajes, sumamente ilustrativos: «solamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo» (Libro I, Cap. III, p. 77); «ahora se desprende que en el orden de los fines, el hombre (y con él todo ente racional) es fin en sí, es decir, jamás puede ser usado por nadie (ni siquiera por Dios) como medio sin ser al mismo tiempo fin, y, por consiguiente, que la humanidad en nuestra persona debe ser sagrada para nosotros mismos, porque el hombre es sujeto de la ley moral y, por lo tanto, de lo sagrado en sí, de aquello por lo cual y de acuerdo con lo cual también sólo algo puede ser calificado de sagrado» (Libro II, Cap. II, V. p. 115)

⁶⁰ Por ello RADBRUCH, proporciona la siguiente definición de persona: «sujeto de derecho es un ser que un derecho históricamente dado, considera como un autofin» (RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, § 17.

⁶¹ Cuestión diferente del «derecho al hijo», es la del «deseo de tener un hijo», en principio legítimo. Como lo ha demostrado extensamente Martín RHONHEIMER (*Ética de la procreación*, RIALP, Madrid 2004, cap. II), el deseo de tener un hijo es legítimo «en la medida en que sea compatible, (a) con la disposición de aceptar la posible no satisfacción de ese deseo, en el sentido de la aceptación del hecho de que los hombres no poseen poder de disposición alguno sobre el hacerse y el perecer de la vida humana y (b) con la disposición, en el mismo sentido y por la misma razón, a aceptar por principio y en todo momento también un hijo no explícitamente deseado, o incluso “no deseado” en absoluto, como vida humana dotada de pleno valor. Esto significa a su vez: el legítimo deseo de tener un hijo solamente puede ser un *esperar* el surgimiento de la vida humana, y no un *desear* en el sentido en que se cursa un “pedido” y, al hacerlo, por así decir el deseo anticipa ya su satisfacción» (RHONHEIMER op. cit., p. 154) Por el contrario, a la lógica del proyecto, es consubstancial la idea de que todo “deseo” o aspiración humana, debe elevarse a la categoría de verdadero “derecho” subjetivo. El “deseo” al hijo, se convierte en “derecho” al hijo, lo mismo que el “no deseo” del hijo, en un derecho al aborto, o a la aniquilación del hijo. El proyecto erige en derecho subjetivo tanto el “deseo al hijo”, como el “no deseo”, como que el art. 560 prescribe que “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”, para luego agregar que “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”. En otras palabras, el “deseo” (positivo o negativo) es el “fin en sí mismo” tutelado por el derecho, y no el individuo de la especie humana resultante de ese deseo, que es verdadera “persona” en sentido filosófico, y único verdadero autofin como dirían los Kantianos. No puede concebirse mayor aberración que esa, ni mayor incoherencia ideológica, pues el Código que se quiere presentar como progresista, está al servicio del individualismo más crudo y destructivo de derechos fundamentales de la persona humana.

⁶² HABERMAS, Jürgen: *La biología no conoce ninguna moral*, en Revista de la Universidad de Antioquia, nº 252

legitimidad del Estado, como ya fuera dicho.

Esta inseparabilidad de los conceptos de individuo y persona, es un tema que trabajó incansablemente Sergio COTTA anticipándose a su época, y con el resolvía el tema fundamental de la bioética de los años sucesivos, la pretensión – presente inicialmente en el ámbito anglosajón, y posteriormente también en el pensamiento europeo- de separar los conceptos de ser humano y persona, al exigir para la existencia de la segunda determinadas cualidades, como la capacidad de sentir o de pensar, lo que conducía a la negación de la condición de titular de derechos no solamente a embriones, sino también a gestantes, infantes, minusválidos, comatosos, o seniles⁶³; cosa esta última que explícitamente postularon HOERSTER y SINGER llevando, por la propia e implacable lógica de los principios, hasta sus últimos extremos la tesis que pretende separar ambos conceptos⁶⁴.

Ahora bien, por un mínimo de respeto a la dignidad humana del embrión – que filosóficamente es una verdadera persona, o autofin, y jurídicamente no podría ser más que eso- debemos pronunciarnos no solamente en contra de la fecundación heteróloga que atenta contra el derecho a la identidad del niño (y contra la que están muchas legislaciones, y la mayoría de los filósofos del derecho⁶⁵), sino de toda técnica que genere ese problema de los embriones “excedentes”, por llamarlo de un modo más que elegante.

Y es que, en realidad, ese es un problema de la técnica médica, pero desde el punto de vista ético es un falso problema que se genera por haber permitido que la ciencia dicte su agenda al Derecho, lo cual es inaceptable⁶⁶, como bien lo ha señalado nada menos que un neomarxista frankfurtiano al modo de HABERMAS, autor de una conocida obra cuyo título mismo ya abre un mundo de sugerencias: *Ciencia y técnica como ideología*⁶⁷.

Desde un punto de vista ético – que es el que debe adoptar el Derecho- la solución es bastante simple: hasta tanto la ciencia no evolucione a otro estadio, se debe prohibir todo uso de la técnica que genere estos falsos problemas que atentan contra la dignidad del ser humano, y prescribir, a título de condigna sanción, la solidaridad de todos aquellos que actúen contra la prohibición.

De ninguna manera podemos sentirnos autorizados – éticamente hablando- a “regular”, facilitando de ese modo la inmoral faena, lo que lisa y llanamente deberíamos prohibir. Y contra lo aquí expresado, no vale pretender argumentar invocando el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, ni el derecho a formar una familia⁶⁸, pues todo derecho tiene como límite natural el derecho del “otro”, fin en si mismo, que no puede ser “instrumentalizado” ni “alienado”, para la satisfacción de un interés ajeno.

5.- El subyacente atentado a la dignidad humana común a todas las técnicas de reproducción humana artificial

Pero en realidad, la prohibición debería ir más allá, pues en todas estas técnicas, en último análisis, se encuentra afectada la dignidad humana.

5.1.- Nuestra dignidad humana deriva del simple hecho de haber sido libremente “recibidos” en la

⁶³ BALLESTEROS, Jesús: *Sergio Cotta y los retos del Siglo XXI*, Persona y Derecho, 57 (2007**) 71-80

⁶⁴ Sobre el tema, ver RHONHEIMER, M.: *Ética de la procreación*, cap. III, p. 176

⁶⁵ KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, cap. Vigésimo, IV, 4, pág. 544

⁶⁶ SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, Madrid 2005, cap. 8, p. 203 denomina a este aspecto “función ideológica de la bioética”, una moralización en sentido nietzscheano que ha convertido en ético lo conveniente.

⁶⁷ Jürgen HABERMAS: *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁶⁸ V.g. en A. KEMELMAJER DE CARLUCCI - M. HERRERA - E. LAMM: *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, publicada en Derecho Privado. Bioderecho de Infojus, Mayo de 2012

existencia, como fruto espontáneo, casual y contingente del don de la vida, y tal es el significado profundo del término “procreación”, sea que se la entienda como un mero hecho biológico natural, sea que se quiera ver una colaboración del hombre con una acción Divina.

Ese don – y misterio- de la vida humana consiste en un mero, simple, y sencillísimo hecho: el hecho de estar ahí fuera de la nada, participando de la existencia. Se trata de un hecho o acontecimiento que meramente “sucede” en forma ajena a toda determinación causal que pudiera venir de manos del hombre, y por lo tanto ajena a las relaciones instrumentales de poder que este pueda establecer con el mundo y las cosas.

5.2.- Muy diferente de la procreación, es la producción en laboratorio de seres humanos⁶⁹, y peor todavía cuando ella se efectúa en masa, para luego proceder a seleccionar algunos individuos, y congelar, o desechar a los restantes.

En efecto: el hecho de haber venido libre y espontáneamente a la existencia, nos coloca en un plano de igualdad con todos aquellos que advinieron al mundo de igual modo. Pero muy distinta es la situación que se genera, cuando lejos de esa libertad, unos determinan causalmente en la existencia a otros⁷⁰, pues eso termina atentando contra su identidad⁷¹.

No es necesario cavilar demasiado para advertir que mientras la primera hipótesis nos sitúa en el plano de relaciones simétricas de igualdad, la segunda nos ubica en el terreno de vinculaciones asimétricas de poder, relaciones de dominio de unos seres humanos respecto de otros, a quienes pueden determinar causalmente en la existencia.

Mas, supuesta que fuera una “dignidad” humana a la que se quisiera rendir algún tributo, un hombre concreto nunca podría “deberle” su existencia a otro hombre en sentido propio; sin mengua alguna de su dignidad, podrá debérsela a las potencias creadoras de un Dios, si fuere creyente, o a la ciega inteligencia del juego de las fuerzas de la naturaleza, en caso contrario; pero nunca a la acción libre y dirigida a ese mismísimo fin, de una inteligencia humana. Y es que a un Dios – como sea que se lo quisiera concebir- o la naturaleza, resultaría absurdo exigirles que “pidieran permiso” y requirieran el consentimiento previo de aquél a quien determinaren llamar a la vida; pero ese consentimiento para operar de modo tan trascendente sobre la existencia de otro, sí que debería serle conminado a quien estuviere llamado a ocupar la posición de un igual.

5.3. Pues presuponiendo que quisiéramos “pedir cuentas” e interpelar de “tú a tú” al autor de nuestros días, las respuestas obtenidas serían muy diferentes, en uno u otro caso. El «Yo te pensé así desde toda la Eternidad» pronunciado por un Dios Omnisciente, Infalible, y sin sospecha alguna de imperfección,

⁶⁹ Este punto ha sido correctamente señalado por varios autores, entre ellos : SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, cap. 8, p. 203; D' AGOSTINO: *Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, EIUNSA, Madrid 2003, Segunda parte, capítulo VII, p. 152

⁷⁰ Dice Francesco D' AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, p. 150): «Ningún sujeto tiene capacidad de *autonconstituirse* como tal. sino que siempre tiene necesidad de encontrar en el otro y a través del otro la medida de su propia identidad. La relacionalidad está, por tanto, sujeta a una intrínseca y específica ley, la de la *simetría*. Una relacionalidad que por principio (y no ocasionalmente) se manifiesta y se entiende como no simétrica no es constitutiva, sino destructiva, de la identidad del sujeto más débil: he aquí no sólo la raíz de todo comportamiento ilícito y el símbolo más inmediato de la *injusticia*, sino también la imposibilidad para el ser humano de afirmarse a sí mismo. Toda *alteración programada* de la racionalidad supone, pues una amenaza intolerable para la subjetividad: la amenaza no sólo de ver ofendidos y vilipendiados los propios valores, sino también de ver negada la propia identidad»

⁷¹ En ese sentido, ha dicho Francesco D' AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, p. 151): «Lo que las nuevas posibilidades técnicas de la biomedicina llegan a cuestionar, antes incluso que la sacralidad o la dignidad de la vida, es la *identidad* misma del ser del hombre (primero como identidad biológica orgánica, y luego como identidad antropológica). Pero si cae nuestra identidad, cae toda posibilidad ulterior de problematización ética. Por tanto, la norma fundamental de la bioética es la *defensa de la identidad*». En parecidos términos, se expresa en la página 225.

invitaría naturalmente a la aceptación de sí mismo⁷²; no es necesario meditar largamente para advertir que bien distinta debiera ser la reacción que habría de despertar en la propia autocomprensión del sujeto interpelante⁷³, una respuesta obtenida de boca de sus “iguales”⁷⁴, que fuere del siguiente tenor: «llevados por nuestro deseo de ti, y nuestro derecho a la autorealización personal, te hicimos lo mejor que, conforme al estado de la técnica científica, en ese momento se podía... hemos hecho la mejor selección eugenésica que, en aquél entonces, se podía efectuar... Deberías sentirte afortunado de haber sido escogido, y no directamente “congelado” o “desechado”, como los restantes embriones producidos junto al que “tú”, por entonces eras...»

Para decirlo en palabras de Francesco D' AGOSTINO:

«Lo que no se considera en este modo de argumentar es la imposibilidad de conectar manipulación y libertad. De la manipulación no se podrá obtener un resultado de libertad: si el sujeto manipulador es *libre*, el sujeto manipulado está desde el principio privado de libertad y, por ende, carente de identidad. La manipulación implica, pues, un *proyecto manipulador*, implica reconocer no sólo los instrumentos, sino sobre todo los objetivos. Una manipulación ciega, de la cual no se espera un resultado deseable, capaz de recompensar al manipulador por sus esfuerzos, carece totalmente de sentido. La manipulación es siempre una forma de *producción*; y la producción, por su reglamento implícito y necesario, tiende a ser tanto más ella misma cuanto más estructurada en serie. La producción no puede dar lugar a individuos, dotados de específica e irrepetible identidad, sino sólo a *productos*, tanto más apreciables cuanto similares, e indiscernibles de su prototipo. Bastan estas consideraciones para demostrar lo problemática que es la heteromanipulación (evidentemente porque sirve a los intereses del manipulador y no del manipulado)»⁷⁵

O para acudir nuevamente a la cita de un autor públicamente conocido por su ateísmo, y su adscripción a la escuela neomarxista de Frankfurt:

«En la controversia acerca de cómo habérselas con los embriones humanos, hay muchas voces que siguen apelando al libro de Moisés 1,27: Dios hizo al hombre a su imagen, lo hizo a imagen de Dios. Que el Dios que es amor, hizo a Adán y a Eva seres libres que se le parecen, esto no es algo que haya que creerlo para entender qué es lo que se quiere decir con eso de que el hombre está hecho a imagen de Dios. Amor no puede haberlo sin reconocerse en el otro, y libertad no puede haberla sin reconocimiento recíproco. Por eso aquello que se me presenta como teniendo forma humana ha de ser a su vez libre, si es que ha de estar siendo una respuesta a esa donación de Dios en la que consiste. Pero pese a ser una imagen de Dios, a ese otro nos lo representamos, sin embargo, a la vez, como siendo también creatura de Dios. Y este carácter de creatura de lo que por otra parte es imagen de Dios, expresa una intuición que en nuestro contexto puede decir todavía algo, incluso a aquéllos que son amusicales para la religión. Dios sólo puede ser un “Dios de hombres libres” mientras no eliminemos la absoluta diferencia entre creador y creatura. Pues sólo entonces, el que Dios dé forma al hombre deja de significar una determinación que ataje la autodeterminación del hombre y acabe con ella [...] Este creador, por ser a la vez un Dios creador y redentor, no necesita operar como un técnico que se atiene a leyes de la naturaleza o como un informático que actúa conforme a las reglas de un código o de un programa. La voz de Dios que llama al hombre a la vida, pone de antemano al hombre en un universo de comunicación transido de resonancias morales. Por eso Dios puede “determinar” al hombre en términos tales que simultáneamente lo capacita y

⁷² Sobre el punto, debemos páginas verdaderamente preciosas a Romano GUARDINI en su ensayo *La aceptación de sí mismo* (Bs. As. 2011), quien llega a afirmar (p. 26) «Ese Dios es el que me ha creado. Quedándonos en nuestro tema: Es Aquel que me ha dado a mí mismo. Con eso llega a su fin la cuestión. No tiene sentido preguntar más allá, por ejemplo: ¿por qué me ha dado a mí, y me ha dado como éste que soy, y hoy y aquí?; pues eso mostraría solamente que no he valorado lo que se llama “Dios”. Responder: me ha creado porque así el conjunto del mundo está bien; o porque tengo que realizar en el mundo tal o cual cosa; o porque tiene pleno sentido que haya existencia personal; todo eso no implica más sino menos que responder: porque El lo ha querido»

⁷³ La pregunta clave de toda la Filosofía occidental: ¿Por qué el ser, y no más bien la nada? perdería incluso gran parte de su magia y misterio, a poco que se la trasladara al campo de la autocomprensión personal.

⁷⁴ Obviamente la pregunta presupone un “tú”, por lo que sería impensable dirigir dicha “interpelación” a la naturaleza, o a un Dios no personal, del mismo modo que ni siquiera sería proponible para un ateo; pero siempre sería legítimo plantearse a otro hombre, es decir a un igual, que por definición es otro “tú”.

⁷⁵ D' AGOSTINO *Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, 75p. 152; en idéntico sentido: SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, cap. 8

lo obliga a la libertad. Pues bien, no hace falta creer en premisas teológicas para entender la consecuencia de que sería una dependencia muy distinta, una dependencia que habría que entender en términos causales, la que entrase en juego si desapareciese esa idea de diferencia infinita implicada por el concepto de creación divina, y el lugar de Dios (en lo que se refiere a creación del hombre) pasara a ocuparlo un hombre, es decir, si un hombre pudiese intervenir conforme a sus propias preferencias en la combinación azarosa de las dotaciones cromosómicas materna y paterna, sin tener que suponer para ello, por lo menos contrafácticamente, el consentimiento de ese otro al que esa intervención afecta. Esta lectura suscita la pregunta que me ha ocupado en otro lugar. El primer hombre que lograrse fijar conforme a sus propios gustos las características que va a tener otro hombre, ¿no estaría destruyendo también aquellas iguales libertades que han de regir entre iguales para que esos iguales puedan mantener su diferencia»⁷⁶

5.4. Las técnicas de reproducción humana artificial, representan la explosión de la más pura racionalidad instrumental llevada hasta sus últimas consecuencias, perverso uso de la razón humana correctamente denunciado por la escuela de Frankfurt; es decir: la mera eficiencia de los medios respecto a los fines, sin importar qué valor ético⁷⁷ tengan medios, ni fines. Esto es, la razón humana utilizada con el fin de servir al dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial (y ahora también, de nuevos seres humanos en laboratorio) y la ganancia capitalista.

Pues todo el problema biotecnológico no es otra cosa que racionalidad instrumental desplegada como medio al fin del “dominio” del misterio de la vida; y por ello muchos de los aparentes problemas que propone son “falsos problemas” desde una perspectiva ética y jurídica, por haber permitido que sea la técnica quien dictara la “agenda” al Derecho, y no a la inversa. Y ese problema de la “dominación tecnológica” se introduce claramente en el Proyecto con la cuestión del status del embrión – verdadero individuo de la especie humana, reducido a mera *res* biológica hasta la implantación en el útero- incluso para favorecer y proteger ese auténtico, despiadado, e inhumano “negocio” del dominio tecnológico – llevado a costa de la dignidad humana- con normas tales como el anonimato de los donantes de gametos, que violan el derecho a la identidad de aquellas personas “producidas en masa” mediante dichas técnicas de laboratorio.

Esto no es más ni menos que la trampa del sueño de la razón transformado en pesadilla, por la que «la dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura», en palabras de ADORNO y HORKHEIMER⁷⁸, pues conduce a atrofiar «los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de éste». En virtud de dicha racionalidad instrumental (que, en buen romance equivale a decir: de la razón humana, deliberadamente puesta al servicio de la dominación) devenida en locura, hoy los derechos y libertades del individuo ceden a la imposición de unas estructuras de dominación política, económica, y especialmente científico tecnológica, que constituyen nuevas formas de alienación pues convierten a los hombres en meras ruedas del engranaje social⁷⁹.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen: *Fe y Saber* (2001) [Discurso de agradecimiento pronunciado en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes. Como en otros lugares lo dijéramos, ello no implica aceptar todos los puntos de vista del agudo autor, sino recoger su magnífica imagen, en la cual están intuidas realidades muy profundas, y sugeridas otras todavía más hondas.

⁷⁷ O qué valor “emancipatorio”, si se prefiere adoptar la misma terminología de estos autores.

⁷⁸ HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248

⁷⁹ HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248