

## **PONENCIA ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.**

---

### **DR. LEONARDO PUCHETA**

ABOGADO. MIEMBRO DEL CENTRO DE BIÓETICA, PERSONA Y FAMILIA. MIEMBRO DE LOS COMITÉ DE ÉTICA CLÍNICA Y DE ÉTICA EN INVESTIGACIÓN DEL HOSPITAL BERNARDINO RIVADAVIA.

SE PRESENTA POR DERECHO PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DEL CENTRO DE BIÓETICA, PERSONA Y FAMILIA.

---

**TÍTULO: INSUFICIENTE CONSENSO SOCIAL, DOCTRINARIO Y ACADÉMICO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS PROYECTADAS SOBRE TEMAS DE BIOÉTICA.**

**SUMARIO: COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. MATERNIDAD SUBROGADA. FECUNDACIÓN POST-MORTEM. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. ORDEN PÚBLICO.**

### **1. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA.**

La determinación del momento en que comienza la existencia de la persona ha despertado siempre el interés de la doctrina, pues sus implicancias y efectos se presentan en abundancia. En el actual escenario biotecnológico dichas implicancias resultan aún más concretas y difíciles de eludir, pues el desarrollo de nuevas técnicas de creciente accesibilidad genera diversas situaciones que el derecho debe regular.

En ese contexto, la reforma en estudio introduce modificaciones fundamentales al Libro I del CC vigente (De las personas), estableciendo en el artículo 19:

*“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”.*

El citado artículo modifica sustancialmente los principios fijados en los artículos 63 y 70 vigentes, pues si bien mantiene el inicio de la existencia de la persona desde el momento de su concepción, introduce el supuesto de la implantación para los casos de fertilización in vitro (FIV).

Es importante destacar que ello contraría abiertamente los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (DDHH) suscriptos por el país, toda vez que de aquellos surge -en sintonía con la actual redacción del CC- el reconocimiento del derecho a la vida de la persona

humana desde el momento mismo de la fusión de los gametos masculino y femenino, es decir, desde su concepción. Tal principio no posee excepciones, pues tal como establece la Constitución Nacional (CN) y los mismos tratados de DDHH, en nuestro país *todos sus habitantes son iguales ante la ley*.

De mantenerse la redacción propuesta en el anteproyecto, el principio de igualdad se verá seriamente menoscabado, por cuanto habrá personas reconocidas por el Estado como tales y otras que hasta su efectiva implantación en el seno materno serán consideradas como “cosas” en los términos del actual artículo 2.311 CC y por tanto, objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Obviando el tratamiento notoriamente discriminatorio que tal distinción supone, e intentando dilucidar la pertinencia de la norma, cabe preguntarse -por ejemplo- ¿desde qué momento se considera implantado, y por tanto, persona, al embrión? De acuerdo a la norma propuesta, algunas personas serán reconocidas desde el momento de su concepción y otras desde un estadio posterior de su desarrollo, lo cual no es más que un capricho legislativo que legitima prácticas contrarias a la intrínseca dignidad del ser humano.

Aunque ya fue expuesto en sobradas oportunidades, luce necesario mencionar nuevamente los concluyentes datos aportados por la *embriología, fisiología y anatomía con los datos más recientes de la biología molecular, celular, la genética y la inmunología*<sup>1</sup>. Citamos, por ejemplo, al Dr. Angelo Serra, quien enseña:

*“(..) el embrión viviente, al inicio de la fusión de los gametos, no es un cúmulo de células disponibles, sino un real individuo humano en desarrollo. Individuo que, como demuestra la correcta antropología filosófica, tiene su dignidad y su propio derecho fundamental de todo individuo humano, entre ellos, el derecho a la vida: dignidad y derecho que es independiente de la edad biológica y de cualquier otra condición biológica o psicológicamente limitante”*<sup>2</sup>.

Somos conscientes de las diversas teorías acerca de la naturaleza de los embriones humanos. Sin embargo, incluso si las ciencias médicas no pudieran arribar a una conclusión unánime respecto de la naturaleza del óvulo fecundado en la etapa previa a la de su implantación, el derecho debería regular siempre de acuerdo al principio *in dubio pro homine*. De lo contrario, el sistema de DDHH podría demostrar su ineficacia, convirtiéndose en un slogan políticamente correcto y no en el marco normativo universal para la protección de los derechos fundamentales de todas las personas-especialmente de los sujetos más vulnerables-.

<sup>1</sup> SGRECCIA, Elio (2008) *El embrión humano en la fase de la preimplantación*. Agape Libros.

<sup>2</sup> SERRA, Angelo. *Los primeros 15 días*. [En línea] <[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:DbkDK7FqX6UJ:www.ucu.edu.uy/facultades/CienciasHumanas/Departamentos/Etica/Publicaciones/2Bioetica%2520o%2520Etica%2520de%2520la%2520Vida/ANGELO%2520SERRA.doc+LOS+PRIMEROS+15+D%C3%8DAS+angelo+serra&hl=es&gl=ar&pid=bl&srcid=ADGEESjphMcJMGhLaZ5a6x4VOMGb3sah7E\\_gS4MLR5FGm\\_JpyffBK2wNRAvoRM0WRQSNg2HLL7twNvrf-Q4eUeh9qR4j-5Jm5x1UtgiOF9nd51CiwbQ8asx6E8U-kVHJxvBORDGBcwF6&sig=AHIEtbTb45t9kClqaerEQI72Jhrq4YpSbQ](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:DbkDK7FqX6UJ:www.ucu.edu.uy/facultades/CienciasHumanas/Departamentos/Etica/Publicaciones/2Bioetica%2520o%2520Etica%2520de%2520la%2520Vida/ANGELO%2520SERRA.doc+LOS+PRIMEROS+15+D%C3%8DAS+angelo+serra&hl=es&gl=ar&pid=bl&srcid=ADGEESjphMcJMGhLaZ5a6x4VOMGb3sah7E_gS4MLR5FGm_JpyffBK2wNRAvoRM0WRQSNg2HLL7twNvrf-Q4eUeh9qR4j-5Jm5x1UtgiOF9nd51CiwbQ8asx6E8U-kVHJxvBORDGBcwF6&sig=AHIEtbTb45t9kClqaerEQI72Jhrq4YpSbQ)> [Última consulta: 10 de octubre de 2012].

En conclusión, el artículo 19 supone una reducción de derechos en relación con el texto del Código Civil vigente y en ese sentido creemos que la reforma implica un grave retroceso en materia de DDHH.

## 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

El proyecto de reforma también introduce al texto del CC artículos relativos a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), lo cual genera numerosas e importantes consecuencias jurídicas.

En cuanto a las técnicas en sí se sostuvo que *“las técnicas de procreación artificial, además de estas altas tasas de mortalidad, resultan objetables en sí mismas, por someter la transmisión de la vida humana a procedimientos técnicos que convierten a la persona por nacer en objeto de producción, vulnerando su dignidad (...) Estas prácticas imprimen una lógica eminentemente productiva al fenómeno de la transmisión de la vida humana, quedando en evidencia una mentalidad utilitarista y economicista”*<sup>3</sup>.

Recordemos que el artículo 51 del CC vigente establece que *“todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”*, lo que *“refuerza el reconocimiento del carácter de persona al ser humano concebido, aún de aquel que hoy es concebido fuera del seno materno por aplicación de técnicas de procreación artificial, ya que es indudable que el embrión, desde que el óvulo es fecundado presenta signos característicos de humanidad (...)”*<sup>4</sup>.

Como se destacó previamente, el artículo 19 del anteproyecto atribuye existencia a la persona humana concebida mediante técnicas de FIV desde el momento de su implantación en el seno materno, lo cual supone desatender la realidad biológica, la personeidad y -por ende- los derechos humanos de los embriones concebidos mediante dichas técnicas hasta el momento de su implantación.

Es importante destacar que la redacción propuesta legitima prácticas tales como la selección embrionaria, la manipulación genética, la crioconservación y el descarte de seres humanos en el estadio inicial de desarrollo. Ello significa atribuir a quienes se someten a tales procedimientos -o al centro en que se llevarán a cabo- la potestad de decidir qué embriones nacerán y cuáles serán crioconservados para una eventual implantación, donados, destinados a investigación o eliminados.

Es fácil advertir los graves peligros que dichos procedimientos conllevan en sí, pero especialmente riesgosa resulta la posibilidad de seleccionar personas en virtud de sus cualidades. Esto último entra en colisión con el artículo 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual establece que *“todas las personas son iguales*

---

<sup>3</sup> LAFFERRIERE, Nicolás y PUCHETA, Leonardo. *Aborto encubierto en los proyectos de fecundación artificial*. [En línea] < <http://www.centrodebioetica.org/biblioteca/tecnorepro/aborto-encubierto.html>> [último acceso: 25 de marzo de 2012].

<sup>4</sup> LAFFERRIERE, Nicolás. *El Código Civil y el reconocimiento del concebido como “persona por nacer”*. En: *La Vida, primer derecho humano*. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica Argentina. Septiembre de 2010.

*ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”<sup>5</sup>.*

De la lectura de los fundamentos del proyecto se advierte una clara ausencia de motivación científica sólida, al turno que se define a la persona en función de su utilidad, la que dejaría de ser un fin en sí mismo para convertirse en un mero medio para legitimar técnicas. Esto resulta claramente contradictorio con el sistema internacional de DDHH y con el resto del ordenamiento jurídico argentino.

En el Capítulo 2 del CC proyectado se incluyeron las “*Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*”. En dicho capítulo el artículo 560 establece:

*“Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.*

El artículo transcrito hace de la filiación materia disponible y así, susceptible de ser regulada contractualmente, resultando evidente el lugar que ocupan el embrión y la voluntad parental en la lógica que se ha imprimido al proyecto de reforma: el embrión es igualado en trato a las cosas, y la voluntad se presenta ilimitada frente a las cuestiones de orden público y la naturaleza humana. De esta manera, si no existiera consenso entre *las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida*, ante la disyuntiva de implantar o no embriones congelados, el destino de estos últimos terminaría siendo un peligroso misterio que claramente representa una embestida contra su dignidad personal y sus derechos fundamentales. Claro está que ello no es sorpresivo en el contexto del anteproyecto, el que -como se vio- iguala a los embriones concebidos extracorpóreamente a las cosas.

### **3. CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA REALIZACIÓN DE TRHA Y PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.**

Más allá de los reparos de fondo que nos merecen las técnicas, advertimos en el proyecto de nuevo Código Civil serios problemas de coherencia interna en torno a los alcances de la llamada “voluntad procreacional”. A continuación, procuramos un análisis técnico detallado de las normas propuestas, procurando demostrar las inconsistencias internas del proyecto, que son expresión de los problemas que surgen de la aceptación irrestricta de la imposición biotecnológica por sobre la dignidad humana.

El artículo 560 del proyecto de CC explicita la que se ha dado en llamar “voluntad procreacional”, (definida en el artículo 561) estableciendo que las personas que se sometan a las TRHA deberán suscribir un consentimiento informado cada vez que se proceda a la

---

<sup>5</sup> Disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

utilización de gametos o embriones. El artículo admite la posibilidad de la revocación en todo momento anterior al de la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella.

*“ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.*

*“ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.*

A su turno, los artículos 569, 570 y 575 regulan las formas de determinación de la filiación matrimonial, extramatrimonial y para las TRHA, respectivamente.

*“ARTÍCULO 569.- Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:*

- a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;*
- b) por sentencia firme en juicio de filiación;*
- c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas”.*

*“ARTÍCULO 570.- Principio general. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”.*

*“ARTÍCULO 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.*

*Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.*

De la lectura del proyecto en su totalidad se percibe que sólo se regulan los efectos filiatorios, mientras que las demás cuestiones relativas a las TRHA (como la protección debida a los

embriones concebidos extracorpóreamente) se difieren para un eventual tratamiento a través de una ley especial.

Concretamente respecto de la figura del consentimiento informado advertimos que la redacción es confusa y genera vacíos importantes. El consentimiento previsto en el artículo 560 parece referirse a la manifestación de la voluntad de la/s persona/s que se somete a las TRHA, vendría a formalizar la relación contractual entre el centro reproductivo y aquella/s. Pero el consentimiento referido en los artículos 569, 570 y 575, en cambio, parece destinarse a establecer vínculos de filiación con el concebido. Dicha distinción genera numerosos interrogantes.

Imaginemos que una persona ajena a la pareja interesada en concebir firma un consentimiento informado para la donación de gametos, lo cual -a priori- podría implicar la ausencia de *voluntad procreacional*, y luego, por diversos motivos, reclamare el reconocimiento de un vínculo filiatorio con el concebido ¿Qué efectos se atribuiría al instrumento suscripto? ¿Acaso asiste algún derecho a quien aportó los gametos para la realización de la técnica? Existen casos en el derecho comparado de conflictos entre quienes *ordenaron* la técnica y el dador anónimo de los gametos, quien luego del nacimiento quiere ser considerado como *padre*. ¿Podrá acaso arrepentirse el donante anónimo una vez concebido el embrión?

Lafferriere ha estudiado algunos de estos conflictos en la experiencia internacional. Así, se verificó un caso de una abogada soltera que en 2004 solicita a un amigo de largos años que sea padre de un niño para ella a través de inseminación artificial. El amigo, soltero, aceptó donar su esperma a la abogada, pero luego reclamó que acordó ello con la condición que estaría involucrado en la vida del niño. La abogada cuestionó tal acuerdo. Tuvieron mellizos en mayo de 2005 y ella alegó que él no había atendido entrevistas prenatales con ella ni le había dado asistencia emocional o financiera y por eso el día siguiente a dar a luz solicitó que se “revoque” la patria potestad. Por su parte, él sostuvo que ofreció ayuda financiera y que ella no le dio la posibilidad de visitas.<sup>6</sup> En Australia se discutió un caso similar.<sup>7</sup>

Otro capítulo aún más complicado es el del alquiler de vientres. En efecto si una mujer hiciera de subrogante en los términos del artículo 562 debería firmar un consentimiento informado para la realización del procedimiento, pero tampoco implicaría la presencia de *voluntad procreacional*. Subsiste el interrogante antes planteado ¿podrá la mujer gestante hacer algún reclamo durante o después del embarazo? Aunque se desarrollará más adelante, éste es otro ejemplo de la absoluta desprotección y la clara utilización de las mujeres que “presten” su útero.

La revocación del consentimiento ¿abarca tanto a la utilización de gametos con fines filiatorios (suponemos que también para fines de la realización en sí de las técnicas) como para la posibilidad de transferencia de los embriones con fines filiatorios una vez concebidos?

---

<sup>6</sup> MCDONALD, ELIZABETH E., “Sperm donor or thwarted father? How written agreement statutes are changing the way courts resolve legal parentage issues in assisted reproduction cases”, *Family Court Review*, Apr2009, Vol. 47 Issue 2, p340-355, 16p.

<sup>7</sup> MILLS, EITHNE, MCCONVILL, JAMES, “Family Law in Australia: Re Patrick and the Matter of Child A” *International Journal of Human Rights*, Vol. 8, No. 1, 17-44, Spring 2004.

Si el varón revocare su consentimiento en los términos del artículo 560 nada impediría que una mujer sola, que ya consintió y no revocó, pueda implantarse el embrión, el que sólo tendría un vínculo filiatorio. No surge del texto del proyecto que la revocación del consentimiento de uno de los dos comitentes impida al otro llevar adelante la técnica. Es decir, sería un niño sin padre, no por un caso fortuito, sino voluntariamente concebido y luego puesto en situación de orfandad por la revocación del consentimiento de su padre: el padre podría, entonces, disponer libremente no hacerse cargo de su hijo. Sería algo así como un abandono legal.

Nos preguntamos entonces ¿el consentimiento implica renunciar a la propiedad de las embriones? Una interpretación literal del artículo 19 y el doble régimen que se pretende instaurar parecen conducir a entender que los embriones serían *cosas* y por tanto, sus padres podrían abandonarlas fácilmente mediante la revocación de los consentimientos informados que oportunamente hayan firmado.

Ahora, si fuera la mujer la que revocare su consentimiento, y el varón quisiera continuar con el procedimiento, nos preguntamos cómo haría para seguir adelante con la gestación.

Si ambos comitentes revocan el consentimiento y los embriones ya hubieran sido concebidos pero aún no implantados, entonces la *solución* que parece surgir es la donación, la venta o la eliminación de los embriones. Asistiríamos de esta forma a un nuevo tipo de fecundación heteróloga: la dación de embriones. Así, haciendo un análisis literal de los artículos 19 y 560 se podría concluir que los embriones congelados abandonados pasarían a ser objeto de donación o de compraventa, y por tanto, el consentimiento que revocaran los padres *iniciales* para fines de filiación, se convertiría en voluntad procreacional para regalar o vender a los hijos-embryones a terceros (que pueden ser una o dos personas).

Según lo previsto en los artículos 569, 570 y 575, la/s persona/s que desearan implantar embriones concebidos, congelados y abandonados, deberán suscribir un consentimiento informado, el cual produciría efectos filiatorios.

No obstante los importantes vacíos e interrogantes que aparecen en relación con los consentimientos informados señalados, queda claro que el vínculo filial dejaría de integrar el Orden Público y se convertiría en posible objeto de contratos. Desde ya que el proyecto no prevé normas sobre destino de los embriones congelados.

Por otro lado, y sin entrar de lleno en otra de las más importantes críticas que merece el proyecto, las normas proyectadas por la Comisión reformadora comprometen seriamente el ejercicio del derecho a conocer el origen biológico de las personas concebidas mediante TRHA, lo cual repercute no sólo en el conocimiento de su origen materno y paterno (identidad genética), sino que también en el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde conforme su realidad biológica (identidad filiatoria)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> KRASNOW, Adriana N. Filiación, determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida. La Ley. Buenos Aires. 2005.

#### 4. MATERNIDAD SUBROGADA: ALQUILER DE VIENTRES<sup>9</sup>.

El proyecto de reforma prevé en su artículo 562 el contrato de alquiler de vientres bajo la denominación de “gestación por sustitución”.

*“ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:*

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

*Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.*

*Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.*

El alquiler de vientre es un complejo y controversial contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.

Este contrato adopta cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, que revelan su explotación y la comercialización de la vida humana. En el artículo 562 se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina argentina y que muy pocos países en el mundo han receptado.

Analizando el proyecto en su totalidad advertimos que:

- a. En ningún momento se prohíbe que el “centro de salud” cobre por realizar estas supuestas acciones.
- b. Un procedimiento de estas características no sería gratuito por los gastos que involucra y en los fundamentos se afirma que se le brindará a la mujer alguna compensación económica.

---

<sup>9</sup> <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Alquiler-de-vientres.pdf> [Último Acceso: 12 de octubre de 2012].



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

Por otra parte, ¿existe consenso en la sociedad respecto de la pertinencia de la inclusión del alquiler de vientres en el texto del CC? En el debate mediático los argumentos antes esgrimidos no fueron comunicados en su totalidad, y en el ambiente académico no existe uniformidad de criterio en torno al instituto.

Por las razones expuestas consideramos que debería eliminarse del texto del CC y prohibirse taxativamente por ofender la dignidad humana al considerar al concebido y a la mujer gestante como medios para la concreción de los deseos de otras personas. A su vez, no debe olvidarse que los centros en los que se realizan las TRHA perciben grandes sumas de dinero a cambio, lo que también da cuenta de una finalidad económica de fondo.

Otra vez el proyecto pone en riesgo el derecho a la identidad del niño<sup>10</sup>, quien quedaría privado de uno de los vínculos fundamentales, la madre que lo gestó y dio a luz, y ve manipulada su vida como si fuera una cosa que se entrega contra un pago de dinero.

Finalmente, el alquiler de vientres se presenta como una nueva forma de explotación de la mujer, la que es utilizada con un mero envase, como un medio. La experiencia internacional y el sentido común demuestran que son las mujeres más pobres las que terminan siendo usadas en estos alquileres.

## 5. FECUNDACIÓN POST-MORTEM.

El artículo 563 proyectado regula la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo que:

*“En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana*

---

<sup>10</sup> En concreto, se vulneran los siguientes artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño: Artículo 7: 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

*asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*

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

*a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.*

*b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.*

Queda claro que la persona concebida artificialmente e implantada en el seno materno fallecido su padre, será privado desde el vamos de la posibilidad de conocerlo, no ya por negársele el derecho de conocer su origen biológico, sino porque aquel habría fallecido antes de la decisión de su madre de implantarlo. Es decir, habría que comunicarle al menor que estuvo congelado durante la vida de su padre -pues así lo decidieron oportunamente sus progenitores- y que recién fallecido aquel, su madre quiso que naciera. Es claro que aparte de ser una medida claramente discriminatoria, dicha información repercutirá profundamente en la psicología del menor.

Se ha sostenido que así como hombres y mujeres asumen la paternidad y la maternidad sin la presencia del otro por motivos no deseados, aquellos deberían gozar del derecho a *ejercer* tal vínculo también de forma voluntaria. No encontramos en el ordenamiento vigente fundamento para el pretendido derecho al hijo, y por eso creemos que no deben confundirse circunstancias fortuitas -por más penosas que resulten- con derechos subjetivos. Ello por cuanto el derecho no está destinado a remediar contingencias indeseadas, sino a lograr un orden social justo. De lo contrario, en miras a *solucionar* tales circunstancias mediante la creación de nuevos derechos, se estará violentando directamente otros derechos que sí gozan de una fundamentación ontológica profunda y más difícilmente discutible. Tal es el caso de los derechos humanos a la vida y a la identidad, por ejemplo.

Sin perjuicio de lo antes señalado, luce claro que el artículo 563 implicará la concepción de niños huérfanos voluntariamente. No hace falta argumentar demasiado para dilucidar lo irracional e injusto de la norma. Lo dicho permite ver el lugar que ocupa la protección, el bienestar del menor y la voluntad de los adultos en el proyecto. Los deseos de los adultos primarían sobre los derechos del menor que sería privado voluntariamente de su padre.

## **6. RESPONSABILIDAD PARENTAL: ALGUNOS CAMBIOS INQUIETANTES.**

Otra sección del proyecto que suscita justificada preocupación es la referida a la responsabilidad parental. El proyecto de nuevo Código Civil modifica sustancialmente las normas actualmente vigentes, revelando una cierta desconfianza hacia la autoridad de los padres. A continuación formulamos una sintética presentación de algunos de los aspectos más críticos del proyecto en este tópico:

- Se elimina la expresión “autoridad” de los padres de todo el articulado y se reemplaza la expresión "patria potestad" por “responsabilidad parental”.
- Se reemplaza la expresión “padres”, “padre y madre” por el genérico "progenitores", empobreciendo el lenguaje y sin que sea consistente con la experiencia social.

- Se admite la delegación del ejercicio de la "responsabilidad parental", incluso sin homologación judicial si hay acuerdo de ambos progenitores (674). Se advierte aquí una tendencia a una contractualización de la responsabilidad parental. ¿El niño es un bien disponible? ¿Cuál es el orden público en relación a esta responsabilidad parental? ¿Qué abarca la delegación del ejercicio en relación a la administración de los bienes de los hijos?
- Se incorpora la figura del “progenitor afin”, pero no se hace ningún escrutinio de su idoneidad en función del interés superior del niño. Adviértase la amplitud con la que se regula a los “progenitores afines” que puede incluir a los meros “convivientes”.
- Se promueve en general el derecho del niño a ser oído. Sin embargo, no se incluye tal previsión en el caso de delegación del ejercicio de la patria potestad al denominado "progenitor afin" (674) o en el caso del 673.
- El progenitor que no tiene a su cargo el cuidado del hijo no tiene potestad para oponerse a la intervención del progenitor afin (673).
- El niño o el adolescente no tienen potestad para oponerse a la intervención del progenitor afin (673).
- Se quita la prioridad de la madre de tener bajo su cuidado a los hijos menores de 5 años (actual art. 206).
- Cuando se regulan los deberes de los hijos en el artículo 671 inciso b, se condiciona el deber de cumplir las decisiones de los padres al interés superior del niño. Nos preguntamos quién determina tal interés superior.
- Sorprende la posibilidad de que el hijo pueda realizar juicio a sus padres prevista en el artículo 679.
- Es sumamente criticable el artículo 26 referido a los actos que los menores pueden realizar en relación a su salud y revela una profunda desconfianza hacia los padres. Al mismo tiempo se contradice con la recientemente sancionada ley de muerte digna (26742) que reformó este punto en particular.

Hemos realizado una primera aproximación a algunos de los cambios que presenta el proyecto de nuevo Código Civil y advertimos que se modifican conceptos básicos referido a los derechos y deberes de los padres en lo relativo a la crianza y formación de los hijos, que no reflejan valores consistentes con la protección de la familia que manda la Constitución Nacional.

## **7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. ORDEN PÚBLICO.**

En el ambiente académico nacional se discute respecto del contenido del Orden Público en el proyecto de reforma del CC, algunos sostienen que a pesar de su inclusión expresa en el texto de la norma, el conjunto de cuestiones no disponibles por las partes quedaría totalmente vaciado de contenido. Otros argumentan que el Orden Público no desaparecería, sino que su contenido sería reemplazado en función de un cambio social subyacente.

Si los vínculos filiales, por ejemplo, -actual y tradicionalmente de orden público- son transformados en materia disponible y en posibles objetos de contratos ¿de qué forma protegemos a los menores frente a los posibles abusos, caprichos, irresponsabilidades o fraudes de los adultos?

¿Acaso la voluntad de los adultos es más valiosa que el bienestar de los menores? Claramente nos apartamos de uno de los principios rectores del Derecho de Familia, el de procurar siempre el *interés superior del menor*.

No coincidimos con la porción de la doctrina que justifica la inclusión de las normas criticadas en un cambio social subyacente, pues no creemos que exista el consenso mínimo necesario para una reforma legislativa de semejantes dimensiones. Entonces, si no es la mayoría de la población la que insta tal reforma, podríamos inclinarnos a pensar que de fondo existen presiones de minorías con intereses claros y de grupos de poder que han encontrado en la reforma una vía de legitimación ideal para la consecución de sus fines, incluso cuando muchos de ellos son rechazados vehementemente por la ciudadanía por presentarse como violatorios de los más importantes derechos humanos y como vías de sometimiento de los sujetos más vulnerables de la sociedad.

## **8. FALTA DE PARTICIPACIÓN REAL POR PARTE DE LOS ACTORES SOCIALES INTERESADOS.**

Advertimos que el cambio social que podría estar en la base de estos cambios legislativos no es tan claro como lo anuncian los defensores del proyecto. ¿Cuánto sabe la población general sobre las cuestiones que se pretende incorporar al código civil en materia bioética? ¿Cuánto se conoce sobre las implicancias y las reales tasas de éxito de las TRHA? ¿Acaso el deber de fidelidad conyugal no es una requisito obvio y esencial para la gran mayoría de quienes contraen matrimonio? Poco se sabe también sobre las abusivas cláusulas previstas en los contratos de alquiler de vientres. Pero desde ya esta ausencia de conocimiento no es una crítica a la ciudadanía, sino más bien un indicador de la falta de consenso que existe a nivel social. No puede hablarse de consenso cuando se ignora el objeto en discusión.

Ahora bien, podría argumentarse que la población general tampoco conocía el concepto de *responsabilidad objetiva* antes de la reforma de la Ley 17.711 y sin duda alguna, permanece ignorado por muchos en la actualidad. No obstante, en el ambiente académico sí existía consenso respecto de su pertinencia y de la necesidad de incorporarlo al ordenamiento jurídico nacional, pues el mundo jurídico tendía uniformemente hacia su reconocimiento. En cambio, las medidas criticadas son totalmente novedosas y pocos ordenamientos jurídicos las prevén en la actualidad, casualmente porque son temas que protagonizan el debate académico y científico a nivel mundial.

El código civil proyectado dista de ser una reforma más, sino que sustituye institutos de profunda tradición en el derecho argentino y asentada sobre una *politeia* con rasgos bien definidos, por un conjunto de normas que no gozan del consenso social ni académico suficiente.

Debemos estar atentos a las situaciones de injusticia y las contradicciones destacadas en el texto proyectado, los que implican cambios sociales y culturales tan profundos como extraños para la población argentina. Por eso, sostenemos que la norma instada ocasionará -de aprobarse- un serio aumento de en los índices de litigiosidad y un retroceso en el respeto por los Derechos Humanos.