

**Alejandro E. WILLIAMS BECKER**  
**CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA Y FAMILIA**

### **INDIVIDUALISMO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL**

La presente disertación se propone remarcar el acendrado individualismo que impera en la redacción del Proyecto de Reforma del Código Civil, destacando las consecuencias que puede tener en la sociedad. La perspectiva hará hincapié en el perjuicio que ese individualismo puede tener en materia de familia.

Ésta perspectiva pretende ponernos al resguardo del “criterio materialista de la vida, que no toma en cuenta valores espirituales y sociales relacionados con la acogida de la vida vulnerable”. En efecto, “una concepción desde la pura eficacia económica impide ver el bien que encierra la vida aún cuando está marcada por grandes sufrimientos”. El imperativo biotecnológico que impera en nuestro contexto posmoderno, “incide negativamente en la percepción de la inviolabilidad de la vida humana”. Desde este enfoque enraizado en el liberalismo, “la vida humana ya no es percibida como algo dado e indisponible, que tiene su propia naturaleza y finalidad, sino como un caso hipotético particular para el ejercicio de la razón tecnológica, que la reconoce sólo si se acomoda al procedimiento definido para su operación”.<sup>1</sup>

No podemos perder de vista la contradicción que encierra esto, en un contexto de Estado de Derecho, generando en consecuencia una inseguridad jurídica para los derechos más esenciales. “La tendencia de la civilización moderna va en la dirección de disponer de la vida humana. El estado de derecho como tal se opone siempre a esa tendencia.”<sup>2</sup> Esta organización funcional de la sociedad que nos propone la posmodernidad, considera la contingencia de la existencia de cada vida humana como “un principio de equivalencia y sustituibilidad de todos los que existen”<sup>3</sup>.

He aquí la importancia de la perspectiva de la familia. “En la familia, se acepta a la persona por lo que es y tal como es, con independencia de cuales sean sus cualidades, las funciones que desempeña o desempeñará y el modo de comportarse (...) La recepción de la sociedad funcional no es de la persona, sino del individuo; y no de todos los individuos qua talis, sino dependiendo de cuales sean las funciones que cada uno realiza (...) En la recepción social del individuo importan más los roles que la persona, las cualidades que el individuo”.<sup>4</sup>

Desde el Centro de Bioética nos interesa particularmente aportar éste enfoque, porque mientras se acusa de individualista al liberalismo del Código del Dr. Vélez Sarsfield, pero se pierde de vista el influjo de este “individualismo radical” en el proyecto de Reforma. La bioética como disciplina tiene qué decir sobre este debate. “La genética nos recuerda los vínculos entre las generaciones y, en definitiva, sobre la unidad intergeneracional de la familia humana. Desde este punto de vista, la integración de la bioética en la genética puede adquirir un valor preciado: mostrando a cada hombre su legado especial e íntimo con una línea generativa cuyo inicio y final algunos de

---

<sup>1</sup> MORANDÉ, PEDRO, “Vida y persona en la posmodernidad”, AA.VV., ¿Qué es la vida? La bioética a debate, SCOLA, ANGELO (coord.), Madrid, Ediciones Encuentro, 1999 p.109.

<sup>2</sup> SPAEMANN, ROBERT, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias SA, 2003, p.356.

<sup>3</sup> MORANDÉ, PEDRO, “Vida y persona en la posmodernidad”, op. cit., p.118.

<sup>4</sup> POLAINO-LLORENTE, AQUILINIO, “Familia vs. individualismo: ¿Qué sostiene la democracia?”, Fundación Universitaria San Pablo CEU, *Dios en la vida pública. La propuesta cristiana*, CEU Ediciones, Madrid, 2008, en p.1886.

nosotros ni siquiera somos capaces de imaginar, ésta contribuye esencialmente a vencer aquel sentido de individualismo radical que es tentación constante del hombre”.<sup>5</sup>

Este enfoque trae a cuestión a la relación entre técnica, ciencia y ética. El peligro de dejar de considerar los propósitos y los fines, lleva a identificar lo técnicamente “factible” con lo “correcto”. “Una aplicación de la genética que se escinda de los fines médicos sin consideración de la dignidad y derechos fundamentales de cada persona humana, convierte a la vida biológica humana en materia operable. El desarrollo tecnológico puede alentar la idea de la autosuficiencia de la técnica, cuando el hombre se pregunta sólo por el cómo, en vez de considerar los porqués que lo impulsan a actuar”. Lejos de invitar a la reflexión sobre la moralidad de las prácticas, lo técnicamente posible se erige como dogma respecto de nuestras acciones. “El proceso de globalización podría sustituir las ideologías por la técnica, transformándose ella misma en poder ideológico”

Tal postura es incompatible con un auténtico desarrollo humano. “Cuando el único criterio de verdad es la eficiencia y utilidad, se niega automáticamente el desarrollo (...) Cuando predomina la absolutización de la técnica se produce una confusión entre fines y medios, el empresario considera como uno criterio de acción el máximo beneficio en la producción; el político, la consolidación del poder; el científico, el resultado de sus descubrimientos. Bajo esta red de relaciones económicas, financieras y políticas persisten frecuentemente incomprensiones, malestar e injusticia; los flujos de conocimientos técnicos aumentan, pero en beneficio de sus propietarios, mientras que la situación real de las poblaciones que viven bajo y casi siempre al margen de esos flujos, permanece inalterada, sin posibilidades reales de emancipación”.<sup>6</sup>

Resulta útil, en estas circunstancias, tomarse un tiempo para reflexionar sobre los orígenes de ese individualismo, y las concepciones que subyacen a sus postulados. No deja de llamar la atención como, en tanto que muchas de las cuestiones controvertidas que debatimos en este proceso de reforma, se encuentran también en debate en todo el mundo, en nuestro país se las plantea desligadas de sus verdaderos principios, separadas de las concepciones que las inspiran, como inmersas en una nube de fundamentos contradictorios que pretenden esconder lo que de verdad se está diciendo, por ejemplo, de la persona, en cada aseveración.

Hemos presenciado en los últimos años un desfile de proyectos de ley inspirados en ésta perspectiva individualista, mecanicista y materialista, que atentan contra la familia. Estos proyectos no responden a reclamos de la sociedad. Son el fruto de pequeños pero poderosos lobbies que, con apoyo mediático, han impuesto una agenda extraña a la cultura argentina, sobre todo en su perspectiva federal.

Argentina se ha convertido en un lugar de experimentación, como sucediera en los años '90 con la agenda neoliberal. Otra vez se nos impone una forma de individualismo fomentada desde el exterior, y que pone intereses económicos ajenos por encima de legítimos derechos de los argentinos. En estos temas se ha dado un giro en el país donde el centralismo porteño impone a las provincias un modelo de persona y familia extraño. En este dinamismo, una constante es la subordinación de los niños a los deseos de los adultos, en un giro adultocéntrico que aparenta más libertad, pero esconde más individualismo y vaciamiento de las instituciones.

Desde una perspectiva sociopolítica debilitar los vínculos familiares no fortalece la libertad individual, sino que las debilita, pues la persona pierde las protecciones

---

<sup>5</sup> FRANCESCO F'AGOSTINO, *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, traducción de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 82-83

<sup>6</sup> BENEDICTO XVI, *Carta Encíclica Caritas in Veritate*, n. 69-76.

familiares y de las asociaciones intermedias ante las pretensiones del poder del estado. Por eso siempre se ha considerado que una familia fuerte engendra personas menos vulnerables ante las tensiones de poder estatal de injerencia en la vida personal.

### **La desprotección de los niños en el anteproyecto**

Una manera clara de medir la importancia que una sociedad confiere a los derechos humanos consiste en evaluar la forma en que protege a aquellos que menos pueden protegerse a sí mismos. Entre esta categoría de personas están los niños, sobre todo aquellos en situación de desamparo.

Recorriendo transversalmente algunas de las disposiciones del proyecto de reforma del Código Civil, vemos como, en determinadas circunstancias, descuida la protección adecuada de los niños, para volcarse a la satisfacción de los intereses de los adultos.

#### **1.- La definición del inicio de la personalidad humana: al servicio de las técnicas de procreación artificial**

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

Por poner un ejemplo, las medidas que fomentan esta discriminación arbitraria de seres humanos a través de las modernas técnicas de fecundación, abrevan en sus orígenes, en pensadores como Margartet Sanger, quien escribía en 1922: "El aumento de la clase trabajadora debe regularse, ya que se compone de imbéciles benignos, que alientan los elementos defectuosos y enfermizos de la humanidad mediante su irresponsable enjamburar y engendrar. Tenemos que eliminar la "maleza humana", segregar a los imbéciles, desajustados y mal ajustados y esterilizar a las "razas genéticamente inferiores".<sup>7</sup>

Una concepción mecanicista y materialista de la vida humana, como hicimos referencia, tiene como consecuencia una selección arbitraria de aquello que hoy se propone como digno de respeto, en un contexto donde ciertas condiciones la vida ya no se considera digna de ser vivida.

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

En consecuencia, los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedarán arbitrariamente desamparados a pesar de la referencia que se hace en la última parte del artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección, máxime a la luz de los proyectos que sobre fecundación artificial se encuentran hoy en debate en el Congreso Nacional.

---

<sup>7</sup> SANGER, MARGARET, *El pivote de la civilización*, 1922.

Según argumentaciones de los autores de esta parte del proyecto, la definición del inicio de la persona no está redactada pensando en el ser humano en sí, sino como mero recurso legitimador de prácticas tecnológicas.

De esta manera, un tema tan central como éste para los derechos humanos, no es encarado con objetividad, sino que se acomoda la persona humana a través del lenguaje, de modo que el status que se vaya a imponer al embrión no obstaculice determinadas prácticas biotecnológicas.

Establecer el inicio de la vida en un momento distinto al de la concepción presenta las siguientes consecuencias:

a) Permite la manipulación genética de embriones. Lo que la manipulación genética permite es modificar la información y el caudal genético de la especie. Si bien podría utilizarse para beneficio de la humanidad, permitiendo entre otras cosas, la curación de enfermedades, al realizarse sobre embriones humanos se estaría “fabricando” hombres de laboratorio. En otras palabras, mediante estas técnicas se podría gestar un niño con las características físicas que sus padres desean. Así, se podría fabricar un niño superdotado, sin ninguna enfermedad, o bien un niño que traiga la cura a enfermedades de otras personas y muchas cosas más, que hacen ver al hombre como una máquina, como un instrumento de laboratorio o un objeto.

b) Admite la realización de las “técnicas de reproducción humana asistida”. Para que las TRA sean exitosas (esto es, permitan que una mujer quede encinta y lleve a término su embarazo), varios son los embriones que se obtienen en el laboratorio de los cuales sólo algunos son transferidos a la mujer gestante. Por lo tanto, considerar que la vida comienza desde la concepción presenta el inconveniente de qué hacer con los embriones no implantados dado que también son personas.

c) Permite la experimentación sobre embriones humanos para la obtención de células estaminales.

d) Autoriza el aborto de embriones humanos.

e) Crea un mercado de gametos e incluso de embriones, con la consiguiente cosificación de la persona y la inaceptable comercialización del cuerpo humano.

Como se puede apreciar, cuestiones económicas, políticas e ideológicas inspiran la aceptación del inicio de la vida en una etapa posterior a la concepción, lo cual carece de todo sentido. Es competencia de la ciencia biológica, la embriología y la genética en particular determinar cuándo un ser humano deviene a la existencia y ello ha sido claramente reconocido en la concepción.

## **2.- La reaparición de las categorías de hijos y la violación de la igualdad:**

El proyecto regula de manera diferenciada la filiación “por naturaleza” y la filiación “mediante técnicas de reproducción humana asistida”. Así, establece dos estatutos jurídicos para los niños en función de la decisión de los adultos sobre el modo de engendrar.

Para los hijos por naturaleza, la filiación se determina por la verdad biológica, en el parto, existe el derecho a reclamar la filiación contra su madre o padre biológico, pueden impugnar la maternidad o la paternidad, existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna y se mantiene la denominación “maternidad” y “paternidad”. Los hijos por fecundación artificial ven determinada su filiación por la llamada “voluntad procreacional”, no pueden reclamar la filiación ni impugnara la maternidad ni la paternidad, no pueden indagar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna, y para ellos no se habla de maternidad o paternidad y recurre al genérico “progenitores” o “vínculos filiatorios”. Como vemos, el tratamiento es sustancialmente diferente en ambos casos.

Esto va contra los Tratados Internacionales que obligan a la Argentina, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica),

la cual estableció en su art. 17, inc. 5: "...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 2 que "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

Podemos afirmar que los redactores, en esta parte del proyecto, abandonaron el paradigma del respeto y primacía del interés superior del niño, privilegiando una aproximación desde los deseos de los adultos.

### 3.- La discriminación de algunos niños en la consideración del derecho a la identidad

El proyecto violenta los derechos de los niños concebidos por procreación artificial, en tanto que a ellos no les son reconocidos determinados derechos que son explícitamente enunciados para los niños adoptados, a saber:

	<b>Niños adoptados</b>	<b>Niños concebidos por procr. art.</b>
<b>Derecho a la identidad como principio general</b>	El derecho a la identidad personal de los niños está enumerado entre los principios generales (art. 595 inc. b)	El derecho a la identidad de los niños ni siquiera es mencionado
<b>Primacía de la familia de origen biológico</b>	Se presenta como un derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, "cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594).	Los vínculos biológicos son considerados irrelevantes
<b>Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen</b>	Se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607).	No hay normas similares
<b>Conocer los orígenes biológicos</b>	El derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales (art. 595 inc. e) y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño (art. 596).	Se trata sólo de un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o por razones de salud (art. 564).
<b>Preservar vínculos fraternos</b>	La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d)	No se toma ningún recaudo en este sentido
<b>Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen</b>	"Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple" (art. 621).	Esta posibilidad no se reconoce a las personas concebidas por técnicas de fecundación artificial.

	<b>Niños adoptados</b>	<b>Niños concebidos por procr. art.</b>
<b>Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico</b>	"Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado" (art. 596).	No hay ninguna norma que exija eso y podría suceder que el niño nunca se entere sobre cómo fue concebido.
<b>Derecho a ser oído</b>	Es un principio general el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (art. 595 inc. f).	No hay una norma así
<b>Adición del apellido de origen</b>	En la adopción plena, se contempla la posibilidad de que "excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante" (art. 626 y art. 605).	No hay una norma así
<b>Respeto al derecho a la identidad, criterio para elegir al guardador</b>	Para seleccionar a los guardadores con miras a la adopción, el juez debe considerar como un criterio "el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente" (art. 613)	No hay norma similar
<b>Comunicación, alimentos y apellido de la familia de origen en la adopción simple</b>	En la adopción simple no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen (art. 627).	No hay normas similares

Por todo ello, podemos concluir que los niños concebidos por procreación artificial son discriminados en uno de los derechos más importantes para la vida concreta de las personas, que en nuestro país ha tenido particular relevancia en los últimos años. En este sentido podemos citar también el "Caso Fornerón e Hija vs. Argentina"<sup>8</sup>, donde "la Comisión puntualizó que las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad."<sup>9</sup>

#### **4.- La fecundación post mortem: generación intencional de un niño huérfano**

En la fecundación post-mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el Derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Tendremos, entonces, niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte

<sup>8</sup> [http://www.csjn.gov.ar/data/ci\\_for.pdf](http://www.csjn.gov.ar/data/ci_for.pdf)

<sup>9</sup> <http://centrodebioetica.org/2012/08/corte-interamericana-de-derechos-humanos-dicta-sentencia-contra-estado-argentino-sobre-importancia-de-la-familia-biologica/>



de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció<sup>10</sup>.

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

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

Quisiéramos agregar aquí que en países como Italia y Alemania, la fecundación post mortem se encuentra expresamente prohibida. En Italia, la ley n° 40 del 19 de febrero de 2004 ("Normas en materia de procreación médicamente asistida"), establece en su art. 5 (requisitos subjetivos) que: "pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas compuestas por personas mayores de edad, de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos" (la traducción es nuestra). Por su parte, la ley alemana n° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 ("Ley de protección del embrión"), establece en su art. 4 (fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem) que: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años quien: 3) fecundara artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

## **5.- El alquiler de vientres, importante ofensa a la dignidad del niño por nacer y de la mujer**

El proyecto de Código Civil incorpora en su artículo 562 el alquiler de vientre bajo la eufemística denominación de "gestación por sustitución".

El alquiler de vientre es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que gaste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento. Así, la mujer gestante es un simple envase que debe limitarse a dar a un niño, el cual es tratado como una cosa que se compra y vende, incluso en un mercado que se ha tornado global.

Se vulnera así, además de la dignidad de la mujer (en el contrato de alquiler de vientre hay abusivas cláusulas de vigilancia que restringen gravemente su intimidad, libertad y afectividad), el derecho a la identidad de los niños y su dignidad.

El alquiler de vientre ofende la dignidad humana, que exige no considerar nunca a un ser humano como si fuera una cosa comercializable. La afirmación del proyecto en el sentido que la gestante no cobra, no modifica en nada este hecho, pues el centro de fecundación artificial percibe altas sumas por este complejo contrato que se extiende durante al menos 10 meses

Es curioso en este punto advertir que el argumento que se esgrime para defender el alquiler de vientres se entronca en el libertarismo, aunque quienes lo esgrimen ahora no están dispuestos a sostener otros postulados de ésta ideología individualista, como

---

<sup>10</sup> Cfr. Basset, Úrsula, en "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012", Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires 2012

serían su rechazo al paternalismo o a la redistribución. ¿Somos nuestros propios dueños? “La idea de ser propietario de uno mismo resulta atractiva, especialmente para quienes buscan un fundamento sólido para los derechos individuales. La venta de riñones, suicidio asistido y canibalismo pactado”. Podemos enunciar numerosas objeciones a ésta práctica que el proyecto se propone reglamentar. Seguiremos en este aspecto a Sandel, un autor norteamericano crítico del utilitarismo y del liberalismo. Es interesante acudir a bibliografía norteamericana, por lo difundidas que están estas prácticas en aquellas latitudes. Según dicho autor, se pagan hasta U\$S 80000 por todo el proceso de subrogación allá, en tanto que muchos norteamericanos acuden a India, donde la madre se somete a ésta explotación por U\$S 4500, que equivalen a 15 años de trabajo en función de los salarios de las clases excluidas en aquel país.

“La subrogación de la maternidad degrada a los niños y a las mujeres embarazadas porque los tratan como si fuesen mercancías. Degrada también a las mujeres al tratar sus cuerpos como si fuesen fábricas y pagarles para que no sientan apego por los niños que gestan.” Sandel cita a la filósofa Elizabeth Andersen y a la profesora de administración de empresas de Harvard, Deborah Spar. La primera señala que “en el contrato de subrogación la madre acuerda que no creará o que intentará que no se cree, una relación maternal con su cría, la vinculación emocional con el niño.” La segunda, además de destacar que el alquiler de vientres “pone en lugar de una norma parental, una norma que rige la producción comercial”, agrega las bondades de los métodos más modernos: “Como elimina el nexo entre el ovulo, el seno materno y la madre, la subrogación sólo de la gestación ha eliminado el riesgo legal y emocional que rodeaba la subrogación de la maternidad tradicional y ha permitido que prospere un mercado nuevo (...) Liberados de las restricciones que suponía el óvulo y el seno materno en un solo paquete, los intermediarios de la subrogación ahora discriminan mejor a la hora de elegir a los donantes y a las gestantes de alquiler, y buscan óvulos con unos rasgos genéticos particulares y senos maternos de mujeres con una personalidad determinada. Los que quieran ser padres no tendrán ya que preocuparse por las características genéticas de la mujer a la que le paguen para que gaste al niño ya que las están adquiriendo en otra parte.”

Como sabemos por los casos polémicos que se han suscitado recientemente, en 2002 India legalizó la subrogación comercial con la esperanza de atraer clientes extranjeros. No podemos perder de vista las consecuencias patentes que esta práctica trajo consigo. Sandel concluye que “dividir el papel de madre en tres en vez de dos no zanja la cuestión de quien tiene más derecho al niño”, y nos deja planteados dos interrogantes respecto de ésta liberalización del mercado de alquiler de vientres: “¿Hasta qué punto somos libres cuando elegimos el libre mercado? ¿Hay ciertas virtudes y bienes superiores que los mercados no honran y el dinero no puede comprar?”<sup>11</sup>

Las consecuencias son igualmente graves para el hijo: el niño queda privado de uno de los vínculos fundamentales de su identidad, la madre que lo gestó y dio a luz, y ve manipulada su vida como si fuera una cosa que se entrega contra un pago de dinero. En concreto, se vulneran los siguientes artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño:

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

Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares

---

<sup>11</sup> SANDEL, MICHAEL, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Madrid, 2011.



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".

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

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

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

## **6.- Conclusión: la discriminación en cuando al comienzo de la personalidad, nos lleva a mayor cantidad de discriminaciones a lo largo de la vida del niño**

En conclusión, el hecho de colocar un distinto comienzo para la persona humana según que ésta haya sido concebida naturalmente o mediante técnicas de procreación artificial, nos introduce en una lógica de discriminaciones, inaceptables para el respeto de los derechos humanos.

A nuestro juicio, el Código Civil debe reconocer para todas las personas el origen de su personalidad en el momento de su concepción. Las situaciones excepcionales deberían legislarse mediante leyes especiales, sin introducir injustas e incomprensibles discriminaciones entre las personas.

El debate sobre la Reforma del Código Civil es un momento oportuno para pensar en la verdadera esencia de la política, y en función de ella, el papel que les cabe a ustedes, señores legisladores, y a la ley en la comunidad política. Si todos nosotros en nuestra vida cotidiana valoramos ciertas cosas como mejores, no puede la comunidad ni la ley dejar de hacerlo. En todos los proyectos de ley que ustedes impulsan o apoyan, subyace una visión valorativa de la Argentina que cada uno de ustedes quiere. No pueden abdicar ustedes, representantes del pueblo o de las Provincias de la Nación, su derecho de reflexionar, analizar, y concluir qué es lo que quieren promover con ésta reforma. Porque ella impactará en la vida de ustedes y su posteridad. No pueden subordinar su derecho como representantes del pueblo, a

intereses económicos o ideológicos que quieren destruir la familia en nombre del más radical individualismo. El Dr. Lorenzetti destacó la innovación que representa este Proyecto en el Derecho Comparado. Sin embargo, este individualismo ni es innovador, ni lo es su presencia en nuestra legislación.

Si rechazamos los postulados individualistas, si rechazamos que la comunidad política no existe sólo para proteger la propiedad o promover la prosperidad, ni solamente para satisfacer las preferencias de la mayoría en detrimento de cualquier pluralidad de voces entonces tendremos que reconocer que legislamos para promover una determinada visión de país. Si valoramos una Argentina que honre y premie las virtudes cívicas, no podemos premiar el individualismo, ni los intereses que atentan contra nuestras propias bases.

Existen prácticas que son injustas, porque chocan con nuestra dignidad de personas humanas. Y tal injusticia no puede ser justificada por un cálculo o un consentimiento. En nombre de una embriagadora concepción de la libertad humana, de la autonomía de la voluntad, se nos impone un régimen que somete a los más débiles a intereses ajenos. Es en la familia donde se aprenden las obligaciones y deberes más básicas que surgen de compartir como personas un destino común en comunidad. Y es ahí donde se sientan las bases de los hábitos que nos harán buenos ciudadanos.

Se percibe hasta, por poner un ejemplo, en materia de fidelidad marital, una abdicación del poder legislativo de su deber de justicia. “ Las cuestiones relativas a la justicia se ligan a ideas contrapuestas sobre el honor y la virtud, el orgullo y el reconocimiento”<sup>12</sup>. No podemos dejar de reconocer que hay más virtud en la fidelidad que en su ausencia.

Si aprobaran esta pretendida neutralidad, estarían renunciando ustedes a su deber de representación del pueblo y de las provincias de la Nación. Y esa pretendida neutralidad, no sería otra cosa que la opción por el más radical individualismo. El mismo que llevó a tantos males en la historia de la humanidad, a tantas situaciones de explotación, a que el hombre mismo se arrogara el derecho de definir quiénes son personas y quiénes no. Alguna vez quedaron afuera los de un determinado color de piel, otras veces las mujeres, otras veces los de determinado credo, origen, etc. No sean ustedes los que creen entre los argentinos una análoga categorización y discriminación entre personas humanas.

---

<sup>12</sup> SANDEL, MICHAEL, op. cit.