

Ponencia de Pablo Gaete (Frente Joven Mendoza) ante la reforma del código civil y comercial del año 2012.

La protección de los derechos del niño.

El régimen de la paternidad la maternidad y la filiación, así como otras instituciones proyectadas, generan incertidumbre en torno a la protección de los derechos de los niños. Una sociedad que no privilegie los derechos e intereses de los niños por sobre los de los adultos, se empobrece socialmente. El niño se transforma en una posesión material, un producto, al deseo de unos consumidores mal llamado “progenitores”, al ser humano se lo desdibuja en este código. Se da mayor relevancia a las tecnologías de reproducción asistida que al reconocimiento de los derechos inherentes a todo ser humano, ya no es importante los vínculos fuertes y responsables entre las personas sino es cuidar y promover el deseo individualista. Ello se verifica en la regulación de algunos efectos de las técnicas de fecundación artificial, dado que se privilegia un supuesto “derecho al hijo”, por sobre los derechos del hijo a la vida y al respeto de su intrínseca dignidad y el principio de originalidad en la transmisión de la vida humana. Estas técnicas suponen con frecuencia mecanismos de selección de los embriones más aptos, con descarte de los demás. No hay previsiones que eviten estas derivaciones injustas en el proyecto de Código Civil. Podría agregarse que este código civil quiere tapar las fallas de la reproducción asistida que elimina a seres humanos concebidos evitando el peso moral que significa esto.

Igualmente, se conculca el derecho a la identidad cuando queda sujeto a la voluntad de los adultos y se discrimina así entre categorías de hijos con más o menos derechos según el modo en que fueron concebidos. Tiene toda la intención de negar un hecho biológico innegable: que todo ser humano tiene un progenitor biológico y sobre todo que requiere de los dos sexos opuestos.

Finalmente, en materia de adopción si bien se avanza, no se privilegia el interés superior de los niños, que consiste en tener un padre y una madre unidos en matrimonio. La adopción debe tener en mira ese interés integral de los niños, y no el deseo de los adultos.

Este código, en lo que se refiere a la vida, persona, familia, hasta a la mujer, no está redactado con una visión de futuro, sólo pone los ojos en el presente, para satisfacer una demanda que sólo está justificada económicamente sin medir sus consecuencias en la dignidad del ser humano, en su manipulación, en transformarlo en objeto de dominación más que en un auténtico sujeto de derechos. Mediante juegos de palabras tapa los grandes errores y problemas de la tecnología de la reproducción humana asistida, que son incapaces de resolver, que llega a la miseria del homicidio masivo y transforma a la mujer en incubadoras solidarias pero sometidas a las exigencias de clínicas y personas para abrigar hijos saludables que jamás conocerán. Ya no son madres, ni mujeres, son herramientas para la

reproducción de parejas infértiles. Es más, es ciega y sorda a la ciencia y sólo coloca en altar a la tecnología económicamente rentable y políticamente correcta, sin ni siquiera escuchar a la historia que ha ofrecido ejemplos muy visibles y recordados sobre cuando se privilegia a la tecnología sobre la dignidad del ser humano. No impone ningún cuidado para esas mujeres que entregarán sus cuerpos para satisfacer el mercado emergente de la reproducción asistida. Y esto repercute en un gran retraso de la misma tecnología para la reproducción humana, las investigaciones no estarán obligadas a crear e invertir en búsqueda de técnicas sin pérdida de personas humanas en estado embrionario porque sólo serán considerados un desecho sin responsabilidades sobre ellos, ya no serán un problema tecnológico para resolver. Proyecto de código, en la parte pertinente que hemos hecho referencia, que no busca guiar la libertad de las personas, sino dar rienda suelta a caprichos actuales sin medir consecuencias ni daños futuros.

Propuesta.

Libro I

- Reemplazar el artículo 19 del proyecto por el siguiente: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*.
- Reemplazar el artículo 21 del proyecto por el siguiente: *“Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones patrimoniales del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. El nacimiento con vida se presume”*.
- Reemplazar el artículo 51 del proyecto por el siguiente: *“Inviolabilidad de la vida humana. Desde su concepción la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”*.
- Reemplazar el artículo 57 del proyecto por el siguiente: *“Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”*

Libro II

- Reemplazar el artículo 562 del proyecto por el siguiente: *“Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”*
- Reemplazar el artículo 563 del proyecto por el siguiente: *“Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”*.

- Reemplazar el artículo 638 del proyecto por el siguiente: "Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral desde la concepción y mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"

Libros II, V y VI

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

Fundamentos.

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

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

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

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

"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". Se propone un doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada: si fue por medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación) la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto

denomina “técnicas de reproducción humana asistida”, la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano.

En consecuencia, los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedarán arbitrariamente desamparados a pesar de la insuficiente referencia que se hace en la última parte del artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección. En la actualidad los proyectos que han sido presentados en el Congreso Nacional y que de sancionarse se convertirían en la ley especial referida, no prohíben la eliminación, ni la experimentación de los embriones humanos; regulando tan sólo –a través de la posibilidad ilimitada de donación de embriones- un comercio un reproductivo. [1]

2. ¿Cuándo comienza la vida de la persona humana?

La embriología describe el momento del inicio de la vida humana en la concepción, entendida como la fecundación. Desde el momento en que el óvulo (gameto femenino) es fecundado por el espermatozoide (gameto masculino) nace un ser distinto de la madre y del padre, con capacidad de desarrollarse por sí mismo.

El proceso de gestación es gradual, continuo y de coherencia interna, en cuanto conduce necesariamente al nacimiento. De allí que ninguna etapa del desarrollo pueda separarse de las demás y contar con autonomía suficiente como para atribuirle el carácter de iniciador de la vida humana. Todos ellos son el resultado de la anterior y como tales presentan un único punto de partida: la concepción.

La Academia Nacional de Medicina, se ha pronunciado en igual sentido, en ocasión de realizar el Plenario Académico el día 30 de septiembre del año 2010. En donde consideró:

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

3. El derecho argentino reconoce a la concepción como momento de inicio de la vida humana.

La jurisprudencia de nuestro país se ha expedido en este sentido en todos los casos en que intervino. Y así, previamente a que en el año 2.010 el Ejecutivo Nacional haya encomendado a la Comisión Reformadora la redacción del Proyecto de Reforma del Código Civil y

Comercial, una de las principales personas miembro encargada se pronunció por la concepción, como momento de inicio de la vida humana. En el caso “Sánchez, Elvira Berta c/Mº J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)” 22-05-2007 (T. 330, P. 2304): la Dra. Elena I. Highton de Nolasco se expidió de este modo:

“El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.

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

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

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

4. ¿Por qué el proyecto de reforma se aparta del reconocimiento de la realidad biológica que indica a la concepción como momento de inicio de la vida humana?

En el audiencia pública del 14 de agosto de 2012 ante la Comisión Bicameral, la Dra. Aida Kemelmajer reconoce que **esta decisión sobre el inicio de la vida se realiza en función de algunos intereses previos**, cuando afirma que: “Es muy grave decir que el embrión no implantado es una persona porque -insisto- es lo mismo que decir que no hagamos reproducción humana asistida”. Y citó un fallo del Tribunal Supremo de Brasil del año 2008 que legitimó la destrucción de embriones humanos para experimentación en base a una ley de Bioseguridad. **Según esta posición, no se le niega la categoría de persona por razones ontológicas o jurídicas de peso, sino por motivos pragmáticos: si aceptáramos que son personas,**

entonces no podríamos tratarlos como lo hacemos en las prácticas de fecundación artificial o destruir a los que quedan congelados.

Por lo tanto, para poder realizar las técnicas e intentar soslayar los problemas jurídicos y éticos que inevitablemente se plantean, se propone realizar un uso abusivo de la posibilidad del Derecho en cuanto a establecer categorías, negándose arbitrariamente al embrión humano el estatuto de persona.

5. ¿Es conveniente que el legislador conceda la personalidad?

No. Históricamente sucedieron casos en que la ley se atribuyó la facultad de determinar que seres humanos son personas y cuáles no, concediendo solo a algunos la personalidad, y por ende atribuyendo sólo a aquellos sus derechos propios y fundamentales, tal como se presentara en 1912 cuando la Corte de Apelaciones de Columbia Británica sostuvo que las mujeres no eran personas y por tanto no eran elegibles para entrar en la profesión. [2]

El fracaso del positivismo determinado por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, y también en los sistemas totalitarios, determinaron la aparición de los Tratados de Derechos Humanos, quienes devolvieron la centralidad de la noción de persona y exigieron que ella abarque a todo ser humano. De ahí la trascendencia del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, recogido en otros textos internacionales: **todo hombre, dice, tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley.** También es concluyente la Convención Americana de Derechos Humanos cuando en el artículo 1º reconoce que “persona es todo ser humano”. [3]

En efecto, el Derecho no agrega nada a la persona, no crea la personalidad, sino que tan sólo reconoce la realidad óptica del ser humano. La personalidad no es una concesión del Derecho positivo, ni surge de meros acuerdos o pactos de voluntad. Como sostiene José W. Tobías: “la persona es una categoría natural que está por encima del derecho positivo: el ser humano es un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho (el cual existe y se justifica en tanto tiene por misión solucionar conflictos interindividuales o sociales), un prius respecto del Derecho puesto por el legislador - que surge de su “Dignitas”- , que aquel -que es obra del hombre- no puede dejar de reconocer”. [4]

6. Consecuencias jurídicas de la negación de la personalidad del embrión humano.

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. 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.

Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor “tasa” es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,610. [5]

También el Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas. Sobre 39.775 parejas que comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI, se concibieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación. Fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno. Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.

Fuente:

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1568_allegato.pdf

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.

Estas consecuencias son aceptadas por el legislador redactor del proyecto, en cuanto al remitir a una ley especial el tratamiento de estos temas omite establecer principios protectorios básicos tales como: la prohibición de eliminación, experimentación, y comercialización de embriones.

B. INVOLABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA DESDE SU CONCEPCIÓN.

La propuesta de reforma del artículo 51 proyectado, encuentra su fundamento en la tradición del derecho argentino de proveer normas **que tutelan la vida desde la concepción**; y consecuentemente en la armonización del plexo jurídico normativo.

Son vastas las normas que protegen la vida humana desde su comienzo. Entre otras existentes mencionamos el trascendente artículo 14 de la ley Nacional Nº 24.901 -por la cual se crea un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad- por garantizar prestaciones preventivas a favor de la madre y del niño *desde el momento de la concepción*.

En cuanto a la armonización del plexo jurídico, la pretendida incorporación es coherente tanto con los Tratados de Derechos

Humanos de jerarquía constitucional[6]; como con otras normas contenidas en el mismo proyecto, tales como la contenida en el artículo 52 que defiende a la persona humana ante afecciones a su dignidad -ínsita en su propia naturaleza-, o la comprendida en el artículo.... por otorgar a la madre embarazada -sin condicionar a la espera de un plazo de gestación- la posibilidad de reclamar alimentos en favor de su hijo concebido.

La consagración explícita de la inviolabilidad de la vida humana desde su concepción, se impone como consecuencia de la pretendida constitucionalización del derecho privado en que se fundamentó el proyecto.

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

1. ¿Qué es el alquiler de vientre?

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

En el artículo 562 del proyecto de Código Civil 2012 presentado en el Congreso de Argentina se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina argentina y que muy pocos países en el mundo ha receptado por importar cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, que revelan su explotación y

comercialización de la vida humana.

En el caso de la India, país que regula estas prácticas se incluyen cláusulas tales como:

- **Exámenes médicos psicológicos y físicos:** la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Asimismo se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.
- **Abstinencia de relaciones sexuales:** en el contrato la madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.

- **Mantenimiento del embarazo:** durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra -recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético-, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas. Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.
- **Otras obligaciones sobre estilo de vida:** Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.
- **Muerte de los padres comitentes:** el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.
- **Entrega del niño y renuncia a la patria potestad:** llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado.
- **Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades:** excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.

- **Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto):** la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.
- **Aborto selectivo:** como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro.
- **Peligro de vida en la mujer gestante:** el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.
- **Rescisión del contrato:** en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.
- **Incumplimiento:** en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones[7].

El contenido de estas cláusulas dan cuenta de la afectación a la que se somete la mujer, La experiencia indica que son aquellas más pobres las que terminan siendo usadas en estos alquileres: se obliga a la mujer hacerse estudios médicos, a un riguroso estilo de vida, a abortar al niño si hay malformaciones. No puede arrepentirse

1. Derechos constitucionales afectados en el alquiler de vientre.

El **derecho a la identidad**, consagrado en los artículos 7 y 8.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se ve vulnerado frente a estas prácticas por las que 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.

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"*

El **derecho a la dignidad** reconocido en la Declaración Universal de Derechos humanos[8] y receptado en el artículo 51 y 52 del proyectado Código, se menoscabaría con la recepción de esta práctica; la dignidad impone no considerar nunca a un ser humano como si fuera una cosa comercializable. La afirmación del proyecto en el sentido que la gestante no se enriquezca, no modifica en nada este hecho, pues el centro de fecundación artificial percibe altas sumas dinerarias por este complejo contrato que se extiende durante al menos 10 meses.

1. Los problemas jurídicos ocultos del alquiler de vientre.

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

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

- ¿Qué pasa si se mueren los que encargaron al niño?
- ¿Qué pasa si se divorcian?
- ¿Qué pasa si nacen varios hijos?

D. EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DESDE LA CONCEPCIÓN

La obligación paterna de ejercer el cuidado sobre la persona del menor **desde el momento de su concepción**, garantiza la concreción y primacía del “interés superior del menor”.

Se ha sostenido que el concepto de interés superior del niño previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) *representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de sus derechos; por tanto es pertinente y útil asociar dicho interés superior a sus derechos fundamentales*. Así, resulta en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y, perjudicial la que pueda vulnerarlos.[9]

Este principio constituye pauta prioritaria, debiendo a ese efecto recordar que de conformidad a la mencionada Convención -incorporada a la Constitución por el artículo 75 inciso 22- en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos; comprometiéndose los Estados parte a asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (artículo 3º).

La propuesta que se presenta además de ser coherente con la redacción actual del artículo 264 del Código Civil, recoge la prohibición -de impartir malos tratos al menor- contenida en el artículo 647 proyectado: en tanto ante un eventual caso de violación del deber de cuidado, la responsabilidad que pesa sobre el progenitor autor del hecho ilícito, podrá ser exigible en todo momento y de inmediato. Consolida también el derecho a la vida del niño, imponiendo en cabeza de los progenitores el deber de cuidado personal desde el momento en que inicia su vida.

E. LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM

El proyecto de Código, autorizaría la posibilidad de una mujer de fecundar su óvulo con semen de una persona fallecida, privando intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna).

1. La norma proyectada y sus diversos casos

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

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

dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

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

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

2. Objeciones éticas de fondo.

La pérdida de un padre para un niño -por circunstancias de la vida- siempre es considerada como una situación indeseable y dolorosa para su salud emocional, 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.

En igual sentido, afirma la Dra. Basset[10] que: “en el caso de la fecundación post-mortem tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció”.

3. La fecundación post mortem en el Derecho comparado

Citamos la ley de Italia N° 40 del año 2.004 sobre “normas en materia de procreación médicamente asistida”, y la ley de Alemania N°754 del año 1.990 “ de protección del embrión”, en las que se establece la posibilidad de 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; y que sanciona con una pena de privativa de la libertad de hasta tres años a quien fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa, respectivamente.

F. SOBRE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL[11]

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

- El proyecto 2012 sólo se concentra en algunas consecuencias de estas técnicas (la filiación y la exclusión de los embriones humanos de la categoría de personas), pero soslaya cuestiones previas que deben ser consideradas a la luz de la centralidad de la persona humana desde su concepción y el respeto a los valores involucrados en la transmisión de la vida.
- Desde una perspectiva jurídica, diversas ramas del derecho confluyen en esta problemática, como lo demuestra la

experiencia internacional: constitucional, civil, administrativo, penal, médico.

- No se pueden ignorar los constantes cambios en las aplicaciones biotecnocientíficas y el creciente giro que estas técnicas han dado desde el problema de la infertilidad o esterilidad hacia sofisticadas formas de eugenesia y utilización industrial o comercial de la vida humana, y a las que hemos hecho referencia en esta ponencia.
- Una objeción que se podría plantear a esta propuesta sería señalar que así como se propone la consideración separada de estas técnicas, debería considerarse también separadamente el estatuto del embrión humano. Al respecto, además de remitirnos a los fundamentos antes señalados, enfatizamos que lo que se está discutiendo es el Código Civil y una de las cuestiones capitales es un claro y explícito reconocimiento de la plena personalidad de todo ser humano desde la concepción. Las consecuencias que se siguen de este reconocimiento son las que van a ser tratadas por el legislador en otra norma jurídica.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

[1] Dr. LA FERRIÈRE, J. Nicolás, Ponencia ante la Comisión Bicameral Centro de Bioética, Persona y Familia, Buenos Aires, agosto 2.012

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

[3] LAFFERRIÈRE J. Nicolás: Implicaciones Jurídicas del Diagnóstico Prenatal: el concebido como hijo y paciente. Buenos Aires, Educa, 2.011, pág. 183.

[4] TOBIAS, José W.: Derecho de las personas, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2.009, pág. 6.

[5] HOUSE OF COMMONS, COMMITTEE ON SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Fifth Report*, Marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmstech/7/702.htm>

[6] En especial la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que por primera vez nuestro país afirmó que niño es toda persona humana desde su concepción y hasta los dieciocho años de edad, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1.948) en cuyo artículo 17 se declara que: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) cuyo artículo 16: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que reconoce en su artículo 1.2 " persona es todo ser humano"

y que se complementa con el art. 3 que dice: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

[7] Fuente: http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy_Agreement.pdf

[8] Artículo 1º: “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

[9] SAMBRIZZI, Eduardo A. Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, La Ley, 2.011, tomo V pág. 21.

[10] BASSET, Úrsula, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires 2012

[11] Para una consideración de fondo sobre las técnicas, nos remitimos al artículo Lafferriere, Jorge Nicolás, “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 219, pag. 858, entre otros. En Ponencia ante la Comisión Bicameral: Centro de Bioética, Persona y Familia, Buenos Aires, agosto 2.012, Dr. LAFERRIERE J. Nicolás