

Observaciones sobre algunos artículos del Proyecto de ley de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en relación a la vida humana y sus derechos fundamentales.

Sr. Presidente: me presento como ciudadana y profesora de la Universidad Católica de Salta delegación Neuquén, para ofrecer algunas observaciones sobre el Proyecto de ley de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación enviado al Senado de la Nación, que reproduce en lo fundamental, aunque con algunas modificaciones, el tenor del Anteproyecto elaborado por la Comisión redactora integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci.

En primer lugar, quisiéramos hacer referencia al inicio de la existencia humana, según viene presentada en el primer libro: “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” (Libro I, Título 1, Art. 19).

Frente a este artículo debemos presentar nuestra perplejidad por considerar el mismo evento –la concepción de la persona- en dos momentos diferentes, dependiendo de las circunstancias en las cuales se encuentre. Esta ambigüedad se ve reforzada por la ausencia de una explicitación sobre qué se entiende por “concepción”. Por concepción puede entenderse –y creemos que debe entenderse- como el momento en el cuál el óvulo es fecundado e inicia una nueva vida humana, una “existencia” que sin dudas no podrá ser otra cosa que una persona, ya que el fruto de la reproducción de dos seres humanos necesariamente debe ser un ser humano y afirmamos que todo ser humano es persona. Pero no desconocemos la existencia de otras posturas filosóficas que consideran que no todos los seres humanos son personas y la “concepción” sería el momento en el cuál inician a serlo. De hecho, de alguna forma podemos vislumbrar que implícitamente esta propuesta también se encuentra en el espíritu del presente Proyecto de ley cuando hace dicha distinción entre el momento de la concepción de unos y otros embriones. Pero también nos preguntamos el motivo de la contemplación de una “ley especial” que proteja a los embriones fuera del seno materno, ya que no son considerados personas.

Un poco más adelante, en el capítulo 3, “Derechos y actos personalísimos”, Art. 51, se hace referencia a la inviolabilidad de la persona humana y se nos dice que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Compartimos plenamente lo presentado por este artículo aunque lamentamos que en la misma propuesta del Proyecto de ley se presenten como legítimos atentados a la vida de las personas y faltas de respeto a su dignidad. Nos referimos a las personas que son manipuladas en los primerísimos momentos de su existencia cuando son “fabricados” por las técnicas de fecundación artificial. Es principalmente por este motivo que consideramos que estas técnicas deberían estar prohibidas por la ley que debe proteger a los más vulnerables de la sociedad.

El embrión humano debe ser respetado y reconocido como igual en dignidad tanto de parte de los padres como del médico: esta persona que recién inicia su existencia tiene derecho a ser fruto del amor de sus padres y los mismos padres tienen el deber de respetar este derecho, así como la sociedad tiene el deber de tutelar que este derecho venga respetado. En la actual propuesta de Código Civil este derecho no sólo no es reconocido, sino que su vulneración es parte del aparente derecho de los adultos a concretizar su deseo de tener un hijo. El reconocimiento de la vida del hijo como un bien a partir de que satisface el deseo de un tercero que deseaba su existencia, contradice en sus raíces más profundas a la dignidad del ser humano y va en contra del respeto que todo hombre por el solo hecho de existir, merece. La bondad de la existencia del hijo va más allá de que sea deseado o no, esta bondad le es intrínseca. Los hijos son un bien porque son deseados, pero seguirían siéndolo si no lo fueran.

Además, las técnicas de fecundación artificial abren las puertas al eugenismo y por ellas se entra en la lógica de una perspectiva productiva, donde en el hijo se hacen necesarios los controles de calidad ya que hay un consumidor que exige una cierta calidad del producto solicitado. Por eso, cuando el embrión sufre de alguna alteración cromosómica u otro tipo de enfermedad, no tiene posibilidades de vivir ya que automáticamente será descartado. Un ejemplo concreto de esto lo hemos visto tantas veces en los medios de comunicación social: muchas parejas se someten a estas técnicas no por incapacidad de procrear naturalmente, sino porque quieren “prevenir enfermedades” genéticas hereditarias, o para obtener un “bebé medicamento” que sea compatible con algún hermano que requiera de él un trasplante o células madres del cordón umbilical. En estos casos, lamentablemente tan difusos, lo que se previene no es la enfermedad, sino el nacimiento de un bebé enfermo, descartando a los portadores de la enfermedad, así como a todos aquellos sobrantes cuando ya se ha encontrado al embrión que “sirva” de medicina para su hermano mayor.

También con la maternidad subrogada se le infringe al bebé una herida muy profunda en su vida de relación, ya que se produce en la fase inicial de su vida donde, como todos sabemos, se ponen las bases que perdurarán por toda su existencia. Por otro lado, la voluntad de gestar a un bebé

para separarse de él después del parto, de por sí genera una diferencia en la manera de vincularse con este “hijo”: el bebé ya no es querido por sí mismo, sino como medio para alcanzar otro fin, como será solucionar problemas económicos, ayudar a otras personas, o cualquiera que sea el motivo que esté a la base de la motivación de la mujer que acepta participar en el proyecto.

Con estas técnicas, el embrión sufre una gran injusticia ya que no tuvo la posibilidad de elegir participar en todo esto y que no sólo es instrumentalizado y cosificado, sino que la gran mayoría morirá en el camino a que sus padres obtengan al hijo deseado. Porque, por un lado, cuando la persona humana es “fabricada en un laboratorio”, en vez de concebida en un acto de amor de sus padres, pierde el reconocimiento a la igualdad que todo ser humano tiene derecho a gozar, ya que no es propietario de sí mismo sino de otro que tiene una relación de dominio sobre él: será la relación entre un sujeto-productor y un sujeto-producto. Por otro lado, cuando se utiliza la fecundación artificial el porcentaje de éxito, es decir, de bebés que podemos llevar en brazos, es muy bajo. Por eso, para incrementar la posibilidad de lograrlo se fecundan más óvulos de los que realmente se quiere que lleguen a prosperar, para evitar las sucesivas estimulaciones ováricas a las cuales se tendría que someter la mujer para repetir la técnica comenzando de cero, con los riesgosos efectos colaterales que la técnica presenta.

Los embriones “sobrantes”, es decir aquellos que se fabricaron de más y que no serán implantados, pueden ser eliminados, congelados, utilizados para la experimentación, para fabricar cosméticos, etc. En cualquiera de estos casos (salvo cuando se congelan, que en la práctica es para la mayoría de ellos el postergar en el tiempo el mismo fin) nos encontramos ante la eliminación deliberada de vidas humanas inocentes, al igual que sucede en el aborto voluntario. Otro gran peligro para la integridad física y moral del embrión que traen aparejadas las técnicas de procreación artificial extracorpórea es, como ya hemos hecho referencia, abrir la puerta a prácticas eugenésicas mediante la selección embrionaria. Esto se verifica frecuentemente en las técnicas de fecundación heterólogas ya que mediante la selección del donador de los gametos, se busca alcanzar al “hijo deseado”, es decir, a aquel que posea determinadas cualidades consideradas importantes por los que vendrán a ser sus padres ante la ley: el hijo perfecto, o el del sexo deseado, o con determinadas características fenotípicas, por lo general para no evidenciar socialmente que el hijo no es hijo biológico de alguno de los cónyuges. Más grave que la selección de los gametos con los cuales se formará el embrión, es la selección mediante el diagnóstico pre-implantatorio de los mismos embriones, donde éstos vienen analizados y seleccionados según parámetros de normas de calidad. Así el biólogo o el médico se convierten en los dueños de la vida y de la muerte, ya que son

ellos los que deciden quién merece la pena vivir, y quién estará irremediablemente condenado a la muerte.

El hombre, como unidad corporal-espiritual encuentra en la continuidad temporal e histórica un bien intrínseco a su corporeidad y un derecho. Por eso una vez originada, la vida debe seguir su curso natural que nadie puede legítimamente interrumpir o “suspender”, como se realiza, sin más, en la criopreservación de embriones. Porque la edad es más que una connotación temporal, alterarla provocando un vacío de tiempo en la existencia de una persona, es una imposición del que tiene poder, del que decide por el otro, pobre e indefenso. Además la criopreservación cosifica a la persona, la considera un producto más de consumo, donde las vidas humanas embrionarias se encuentran “suspendidas”, depositadas en el congelador, preparadas para cuando hagan falta, para cuando “sirvan”¹. Además, durante todo el proceso de congelación- descongelación- reanimación y transferencia muchos de estos embriones serán dañados.

El art. 58 trata de las “Investigaciones en salud humana” y dice: “La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos: a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga; b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable; c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación; e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad; f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación; g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente”.

La fecundación artificial aceptada en el Nuevo Código Civil contradice este artículo ya que se encuentra en un estadio experimental, como lo prueba la baja tasa de eficacia que estas técnicas poseen. Además, podemos afirmar con toda seguridad que no se respetan ningunas de las prevenciones expresadas en el Anteproyecto: los riesgos sufridos por la mayoría de los embriones no tienen relación con los beneficios –la vida- que podría traerles, ya que la mayoría morirá en el camino a intentar su implantación y posterior desarrollo; con seguridad no se contará con el

¹ Cf. R. LUCAS LUCAS- M. LÓPEZ BARAHONA- S. ANTUÑANO ALEA, *La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones*, 4. En <http://www.unigre.it/pug/professori/lucas/id57.htm> [20-12-2007].

consentimiento informado de los embriones y el consentimiento de sus padres, en estos casos, no sería válido ya que sus intereses se contraponen a los intereses de los que recién inician su existencia. También la mujer gestante sufre graves disturbios físicos y psicológicos que deberían ser informados correctamente y desinteresadamente para una evaluación que le permita a la mujer prestar libremente el consentimiento para el tratamiento de fecundación a los cuales se someta; como ya fue expresado, los riesgos a los cuales se somete a los embriones es desproporcionado a los beneficios que les podrían aportar: la vida de uno no es motivo proporcional para permitir la muerte o el congelamiento del resto de sus hermanos en el mismo estadio embrional.

Es de público conocimiento que para obtener un tratamiento que termine con un niño en brazos, la mayoría de las mujeres deberán pasar por múltiples tratamientos, y así y todo, muchas no consiguen el ansiado embarazo o que el mismo llegue a término. Peor aún es el caso de los embriones que son involucrados sin su consentimiento. Por eso, porque compartimos los criterios presentados en este artículo, reafirmamos que la fecundación artificial además de ser inmoral, una vez aprobado este Anteproyecto de Código Civil, sería ilegal.

El Libro segundo, trata de las relaciones de familia. Aquí sólo queremos detenernos en algunos puntos, aunque sabemos que estamos dejando de lado puntos importantes. En el Capítulo 2, “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, el Artículo 562, trata la “gestación por sustitución” y dice que “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”.

Si bien este proyecto prevé que la gestante no puede recibir dinero a cambio, sabemos que en la práctica esto se realiza (y deberá realizarse) ya que salvando alguna excepción, las mujeres

que se ofrecen como gestantes lo hacen tratando de escapar de la miseria económica. Esta situación de pobreza hace que las mujeres sean consideradas no como un fin en sí mismas, sino que son valoradas en cuanto puedan ofrecer su cuerpo para obtener el deseo de otro. Esto es muy grave y perjudica notablemente a las mujeres profundizando el fenómeno llamado “feminización de la pobreza”: en el año 2000 la ONU nos mostraba que la mayoría de los 1.500 millones de personas que viven con 1 dólar o menos al día son mujeres y que la brecha que separa a los hombres de las mujeres atrapados en el ciclo de la pobreza ha seguido ampliándose en el último decenio. A modo de ejemplo, podemos decir que en todo el mundo, las mujeres ganan como promedio un poco más del 50% de lo que ganan los hombres. Este fenómeno se conoce como "la feminización de la pobreza"². En este sentido, un logro importante de la Conferencia de Beijing ha sido el reconocimiento por los gobiernos de que algunos aspectos de la pobreza están vinculados al género. Pero en nuestro país, con la reforma del Código Civil se están dando herramientas para que esta situación se profundice aún más mediante la posibilidad de la explotación de la mujer pobre que se realiza en la maternidad subrogada.

Las nuevas tecnologías reproductivas también han dado la esperanza a millones de personas de poder escapar de la pobreza o alcanzar el sueño de superarse mediante la comercialización del propio cuerpo, es decir, mediante su alquiler temporáneo para llevar adelante el embarazo del hijo de otra mujer. Esta no es solo una decisión que toman las mujeres, sino que muchas veces, la mujer está casada y es una decisión del matrimonio para superar los problemas económicos familiares. Tanto en la venta de gametos como en la maternidad subrogada la persona entra a ser parte de las leyes del mercado donde pierden el valor infinito que cada una posee, para pasar a “valer” un precio determinado que variará según la raza, lugar donde habite y cultura que posea: una mujer en EEUU podrá obtener hasta u\$ 10.000 por sus óvulos³, mientras que en Gran Bretaña está prohibida la investigación con óvulos de mujeres inglesas, permitiéndose, sin embargo, la utilización de óvulos de mujeres de otras procedencias⁴. Y mientras que en el Reino Unido una maternidad subrogada tiene un costo de £10.000, en la India se puede arreglar con £3.000⁵.

Las técnicas de fecundación artificial presentan complicaciones importantes para la mujer que se somete a ellas: a los riesgos y al desgaste corporal que cualquier embarazo conlleva debemos sumarle aquellos presentes en la preparación hormonal de un cuerpo que debe recibir de la nada un

² La feminización de la pobreza, <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs1.htm>

³ Cf. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1104399&pid=5927667&toi=6481 [1-3-09]

⁴ Cf. www.zenit.org[27-1-09].

⁵ Cf. <http://news.scotsman.com/ivftreatment/India39s-surrogate--mothers-start.3882987.jp> [22-7-09]

embrión. La mujer que gesta un bebé por más que los gametos que formaron el embrión no le pertenecían, aporta al bebé su sangre, la nutrición y mantiene con él una intensa comunicación vital durante todo el embarazo. Entre ellos se da un intercambio físico, psíquico y espiritual que genera un vínculo muy especial entre madre e hijo. Por una parte, la mujer imagina al bebé, crea fantasías sobre él y habitualmente le habla; por otro lado, el bebé va formando su cuerpo y también dándole forma a su espíritu mediante esta comunicación no verbal con su madre. Esto ha llevado a la comprensible situación de mujeres que han “alquilado su vientre” pero llegado el caso de entregar al bebé se niegan a hacerlo ya que lo sienten como propio⁶. Así como también se ha dado la más lamentable situación de un niño que nace mal formado o con graves problemas de salud y que es rechazado por los dadores de gametos, así como también por la mujer que lo gestó⁷.

Más adelante, el Art. 563, autoriza la “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida” lo que creemos una gran injusticia ya que se está trayendo al mundo, a propósito, un huérfano, y se evidencia con más claridad que el niño no es el fruto del amor de sus padres, sino la concreción de un deseo ya sea para tener una descendencia del difunto por motivos económicos, ya sea para tener un recuerdo de él, sin tener en cuenta el interés superior del niño.

Por último nos gustaría comentar el Art. 241, del Título III, Capítulo 1, Sección 3º “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, que si bien la redacción original decía: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”, con una modificación del Poder Ejecutivo, ahora dice: “Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. Creemos que el acceso al agua, que es un bien fundamental para la vida, debería estar garantizado para todos los ciudadanos y no dejar este derecho humano fundamental a la merced de espurios intereses económicos.

⁶ Es muy conocido el caso llamado “Baby M.” que ha servido de antecedente en varios estados de Estados Unidos. A grandes rasgos se trata de un matrimonio, los Stern, que en el Infertility Center of New York se contactan con Mary Beth Whitehead, casada, madre de dos hijos, para que se fecunde artificialmente con el esperma del Sr. Stern y haga de madre subrogada hasta el nacimiento del niño. El 27 de marzo de 1985 nace una niña que es entregada a los Stern. Unas horas más tarde, Mary Beth va a la casa de los Stern y le pide el bebé al menos por una semana, ya que no puede vivir sin ella. Los Stern se la entregan, pero al término del “prestamo” Mary Beth se niega a entregarla, rechaza el dinero que se le debía por la subrogación y finalmente escapa de la policía por una ventana de su casa. Encontrada por el FBI el bebé es entregado a los Stern. En este momento inician la batalla legal por la tenencia de la niña. Cuando ésta tiene un año de edad se reconoce como válido el contrato de subrogación y por lo tanto la niña continúa con los Stern. Mediante un recurso presentado por la Sra. Whitehead ante la Corte Suprema de New Jersey la maternidad subrogada es considerada ilegal y por lo tanto, un contrato no válido. Así y todo, teniendo en cuenta el mayor interés del niño, el juez le da la tenencia al padre pero Mary Beth tiene el derecho de visitarla todas las semanas. Cf. Lalli, Ch., *Libertà procreativa*, Liguori editore, Nápoli 2004.

⁷ Un caso emblemático es el de la bebé nacida cero positivo porque la madre subrogada lo era, presentado por Chiara Valentini en, CH. VALENTINI, *La Fecondazione proibita*, Feltrinelli, Milano 2004, 88-89.

Dra. María Paula Casanova