

Posición de INSGENAR ante la reforma del Código civil y comercial
Audiencia por la Reforma del Código Civil y Comercial
Rosario, 10 de setiembre, 2012

En nombre del INSGENAR (Instituto de Género, Derecho y Desarrollo), agradecemos la posibilidad de plantear nuestras inquietudes con relación a la reforma y felicitamos a la comisión a cargo del proyecto, que contiene numerosos avances para los derechos de las personas, en especial las mujeres. Así, consideramos progresista la nueva concepción del matrimonio que incluye a las parejas del mismo sexo¹; o los derechos de los convivientes², entre otros.

Quisiéramos sin embargo, plantear algunas preocupaciones sobre algunos artículos cuyas disposiciones serán un escollo a la hora de garantizar los derechos y la dignidad de las mujeres. Estas están relacionadas con el Libro I, Título I, capítulo I y capítulo III; y el título V, capítulo II. En concreto, nos referiremos a tres temas: el concepto de persona, el estatus de persona jurídica pública de la iglesia católica y la maternidad subrogada.

1. Concepto de persona:

Hasta ahora no hay acuerdos entre filósofos y científicos sobre el comienzo de la persona humana y la mayoría distingue entre el inicio de la vida y el inicio de la persona. Para algunos comenzaríamos a ser personas con el lenguaje, para otros con la autonomía. Eso, aún después de largas discusiones, aún no está resuelto. De hecho, en el Sistema de derechos humanos de Europa, se ha determinado que con respecto a la aplicación concreta de las limitaciones explícitas al derecho a la vida en la Convención Europea de Derechos humanos, el lenguaje “toda persona” contenido en el artículo 2 (derecho a la vida), no incluye a los no nacidos.³

1 ARTÍCULO 402.- **Interpretación y aplicación de las normas.** Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

2 Título III. Uniones convivenciales, artículos 509 y siguientes. ARTÍCULO 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

3 *Paton contra Reino Unido* (1981), 3 E.H.R.R. 408 (Comisión Europea de Derechos Humanos), párrafo 17

Asimismo, en X c. Reino Unido, reiteran que el término persona, que es usado en varios artículos de la Convención Europea, (1, 2 párrafo 1, 5, 6, 8 al 11 y el 13), no está definido por la convención y su uso es tal, que solo puede ser aplicado post nacimiento. En principio, ninguno de los artículos de la Convención Europea indica que podría ser usado pre-natalmente.⁴

Sin embargo, el Proyecto, en el artículo 19⁵ se pronuncia por la fórmula del inicio de la existencia de la persona desde la concepción, acogiendo la doctrina de la iglesia católica.

Esta redacción es complicada y bloquea los reclamos por la despenalización del aborto que se están haciendo por parte de las mujeres. Los derechos hereditarios y alimentarios del embrión pueden garantizarse hablando del *concebido, del embrión o del no nacido*, como hacen otras legislaciones, sin necesidad de considerarlo persona.

Coincidimos con la presentación del CELS, cuando afirma que: *“Podrían haberse utilizado expresiones como las presentes en legislaciones como la española⁶ que determina claramente la diferencia entre el producto de la concepción y la persona nacida con vida estableciendo que “el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente” (con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). Este tipo de formulaciones son más claras y beneficiosas, en tanto establecen la posibilidad de otorgar derechos desde la concepción pero sin traer aparejada una serie de discusiones que hasta hoy han servido para postergar los derechos de las mujeres gestantes.”*

Con las dificultades actuales para poder acceder a la interrupción del embarazo en los casos en que éste es legal, no dudamos que la mención de la persona por nacer en varios artículos del proyecto, superando incluso las menciones que hiciera Vélez Sarsfield hace

4 *X. v. the United Kingdom*, no. 8416/79, Commission decision of 13 May 1980, Decisions and Reports (DR) 19, p. 244.

5 ARTÍCULO 19.- **Comienzo de la existencia.** La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.

6 Artículo 29 del Código Civil español establece “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente” y el artículo 30 del mismo cuerpo legal dispone “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”

más de un siglo, será una barrera para avanzar hacia la autonomía reproductiva de las mujeres. Esta formulación, al establecer plenos derechos desde la concepción o implantación, será utilizada para oponerse al derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres, especialmente a la hora de decidir la continuación o no de un embarazo.

Una vez embarcado en la definición del feto como persona, el proyecto sigue considerándolo en relación a la capacidad, con artículos como el 24, que plantea que la “persona por nacer es incapaz de ejercicio de derechos” (sic); a la dignidad, ya que el artículo 51⁷ establece que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”; o la representación, ya que el artículo 101, al hablar de la representación determina que “Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres.”

De momento que el feto es considerado persona por el artículo 19; y luego se declara que la persona humana es inviolable, se está levantando una barrera que impedirá tomar en consideración los reclamos de las mujeres o niñas para interrumpir embarazos forzados por violación u otras causas. La dignidad de la mujer y su reconocimiento como persona dueña de su destino es lo que está en juego.

Consideramos que debe dotarse al artículo 19 de una redacción que al hablar del inicio de la vida se refiera al no nacido, concebido o feto; evitando confundirlo con la persona humana.

2. Separación entre la iglesia y estado. Por un estado laico:

La iglesia no tuvo status de persona jurídica de derecho público hasta que se le otorgó por una reforma del Código ordenada por la dictadura militar de Juan Carlos Onganía. O sea, fue una imposición dictatorial que otorgó un privilegio a una iglesia por encima de los demás credos, violando así la igualdad religiosa. Ese privilegio no fue rechazado por la jerarquía de la iglesia, que, si hubiera recordado las enseñanzas evangélicas, debería haber rechazado esta concesión arbitraria, que va en contra de la humildad, caridad y despojo de privilegios terrenales que pregona el evangelio.

⁷ ARTÍCULO 51.- **Inviolabilidad de la persona humana.** La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

El actual proyecto, en lugar de corregir ese mandato dictatorial, lo reafirma en el artículo 146, impidiendo una vez más que la igualdad religiosa sea garantizada.⁸

Creemos que este privilegio atenta contra la construcción de un estado laico, pluralista, democrático, que consague no solo la libertad religiosa, sino también la igualdad. Este es el estado que reclamamos las mujeres para avanzar en nuestros derechos. **Por ello, solicitamos que se derogue el inciso c) del artículo 146, poniendo a la iglesia católica al mismo nivel que las demás.**

3. Maternidad Subrogada

Si bien el proyecto regula la fertilización asistida, fruto de los avances científicos, se incorpora una figura conflictiva que es la de la maternidad subrogada.⁹

Conocemos que la comisión redactora ha tratado de evitar la figura del alquiler de vientres a través del impedimento de cobro por parte de la mujer gestante. Así, en el inciso f) del artículo 562 se dispone como uno de los requisitos que la gestante no haya recibido retribución. También se plantea que no puede hacerse más de dos veces. Se estaría adoptando entonces uno de los dos modelos de maternidad subrogada, la *subrogación*

8 ARTÍCULO 146.- **Personas jurídicas públicas.** Son personas jurídicas públicas:
a) el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
b) los Estados extranjeros, (...)
c) la Iglesia Católica.

9 ARTÍCULO 562.- **Gestación por sustitución.** El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

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

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

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

altruista. Sin embargo, no se exige que medien lazos de parentesco o de amistad entre las partes, con lo cual deja abierta la posibilidad a que una persona totalmente extraña pueda brindar su vientre.

Esta situación abre el camino para los pagos encubiertos y el otro modelo de maternidad subrogada, la *comercial*, que circulará de manera clandestina y sin garantías de pago. Alguien supone que una persona extraña va a prestar su cuerpo por más de un año, con todas las complicaciones posibles, para tener hijos para otras personas, sin tener retribución? La realidad nos va a mostrar lo contrario. Nos mostrará el crecimiento de la maternidad subrogada comercial clandestina.

Quiénes serán las mujeres que prestarán su vientre para que una pareja extraña – a la que no la une ningún lazo de afecto o amistad- tenga hijos-as? Solo aquellas que tengan necesidad de la retribución. O sea, las mujeres pobres, que deban cubrir necesidades para ellas o su familia. Desde la remota antigüedad, fueron las esclavas o personas sometidas quienes dieron sus vientres para que los más poderosos tuvieran descendencia. Agar, la esclava de Raquel y Abraham fue una de ellas. Esto convierte a la maternidad subrogada comercial en una institución clasista.

La *maternidad subrogada comercial* permite:

- la utilización del cuerpo de una mujer (no es sólo el útero, todo el cuerpo vive el embarazo);
- durante más de un año, (ya que hay que contar los 4 meses de preparación; 9 meses de embarazo y 3 meses de recuperación si el parto fue normal. Como mínimo, 16 meses);
- a cambio de una retribución económica.
- Para satisfacer el deseo de una persona o pareja de tener un hijo-a

Técnicamente, la institución de la *maternidad subrogada comercial* no tiene diferencias con la prostitución. En ambas el cuerpo de un ser humano es utilizado como un objeto para satisfacer un deseo ajeno a cambio de una retribución.

En nombre de la modernidad, se estaría aprobando una institución clasista. Se lo hace de manera confusa, que queda a mitad camino entre las legislaciones que sólo permiten la subrogación altruista o por afecto y aquellas legislaciones que permiten ambas formas de

subrogación. El requisito de que la mujer que presta su vientre no aporte sus gametos en todo caso, siempre es puesto para evitar que reclame derechos alimentarios o la filiación de la criatura, o sea, fue un requisito puesto para beneficiar a quienes alquilan el vientre, no a la mujer gestante.

Otros fantasmas aparecen detrás de ambos tipos de maternidad subrogada, sea la altruista o la comercial:

- el deseo de poseer todo y la posibilidad de acceder a todo cuando se tiene dinero; (todo se compra, todo se vende, todo puede alquilarse, incluso las personas);
- el mito de la maternidad como forma de realización de las mujeres;
- la posibilidad de usar a las mujeres como meras incubadoras aún por parte de hombres misóginos;

Sugerimos que se adopte el modelo de la legislación española¹⁰, que prohíbe la maternidad por subrogación en todas sus formas y otorga la filiación a quien gesta el hijo en su vientre.

10 La ley de fertilización asistida 14/2006 de España, que es una de las más progresistas, en su artículo 10 la prohíbe:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se 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.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.