

## En busca de una armonía inarmónica\*

Diana Cohen Agrest\*\*

El artículo señala cuatro asimetrías en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial en lo que concierne a algunos tópicos bioéticos. En primer lugar, una asimetría en la determinación del “comienzo de existencia de la persona humana”. En segundo lugar, una asimetría socio-cultural, por cuanto no se contemplan mecanismos de protección a colectivos vulnerables. En tercer lugar, una asimetría en el derecho a la verdad, que variaría entre los nacidos naturales, los nacidos por técnicas reproductivas y los hijos adoptivos. Por último, se señala una asimetría histórica en el derecho a la verdad, ya que los niños nacidos de donantes no gozarán naturalmente del acceso a la información sobre sus orígenes, derecho que se reconoce a los hijos de desaparecidos.

**Palabras clave:** legislación - reproducción asistida - anonimato - donación - maternidad subrogada

This paper points out four asymmetries in the Project to reform the Argentinean Civil and Commercial Code in regard to bioethics topics. Firstly, an asymmetry in the determination of the beginning of the existence of a person. Secondly, a socio-cultural asymmetry, given that there are no mechanisms for the protection of vulnerable populations. Thirdly, an asymmetry in the right to the truth for children born naturally, by reproductive technologies or for those adopted. Lastly, a historical asymmetry in the right to the truth, as children born from donors won't be naturally granted access to information about their heritage, as opposed to those born from the disappeared.

**Key words:** legislation - assisted reproduction - anonymity - donation - surrogacy

---

\* Una versión previa fue publicada en el diario La Nación, el 14 de septiembre de 2012.

\*\* Doctora en Filosofía (UBA). Magíster en Bioética, Monash University, Australia. Docente e Investigadora del Departamento de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA).

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial propone la aplicación de un doble y hasta de un triple rasero, incompatibles entre sí. No se trata aquí de dictaminar el valor o el disvalor intrínseco de las prácticas a legislar sino de señalar algunas de las aristas éticas no contempladas. Y, en particular, de denunciar asimetrías irreconciliables aunque mancomunadas por una presunta ampliación del derecho de familia, impulsada a mi juicio por un oportunismo político avalado por los *lobbies* y las corporaciones cuyos intereses se juegan en las innovaciones propuestas.

**1. Asimetría en la determinación del “comienzo de existencia de la persona humana”.** Mientras en las fecundaciones naturales la existencia “se inicia con la concepción en el seno materno”, cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida la existencia se inicia con “la implantación del embrión en la mujer”. Estos dos criterios, aunque conceptualmente incompatibles, habilitan la coexistencia jurídica de la prohibición vigente de la interrupción del embarazo (salvo las excepciones de riesgo para la vida o la salud de la madre, o violación) y de las prácticas existentes en los centros de reproducción asistida. Mediante esta doble estipulación se satisface la exigencia emanada del Poder Ejecutivo de no incorporar en la legislación una regulación más amplia de la interrupción del embarazo, sin que dicha exigencia constituya un obstáculo para las prácticas reproductivas.

**2. Asimetría sociocultural.** Desconociendo el proclamado modelo de inclusión social y redistribución de la riqueza, se profundizan las desigualdades cuando no se contemplan mecanismos de protección de un colectivo vulnerable integrado por las donantes de óvulos y las mujeres gestantes, sujetas a formas indirectas de coerción que, por lo general, erosionan su autonomía.

En la mayoría de los casos, la presión económica hace de la compensación una forma de mercantilización de la maternidad, oculta tras una retórica que publicita como donación altruista lo que no es sino un negocio para los centros de reproducción. Mientras que la compensación por viáticos a la donante de óvulos en la Argentina varía entre 500 y 3000 pesos, en otros países, por ejemplo en los Estados Unidos, se paga entre cinco y diez mil dólares, y se ha llegado a ofrecer hasta cien mil dólares por el mismo servicio.<sup>1</sup> Una encuesta de la Sociedad para la Tecnología de Asistencia Reproductiva (SART) concluyó que el promedio en Estados Unidos para la donación de ovocitos era de aproximadamente 4.200 dólares.<sup>2</sup>

En lo que concierne a la maternidad sustituta, el proyecto del Código promueve una modalidad aún más controvertida de gestación por sustitución. En la medida en que se prohíbe una retribución a la gestante, se habilitan tres posibilidades, una más problemática que la otra: la primera es que la donación sea puramente altruista, impensable salvo que la gestante tenga un vínculo familiar o afectivo con la madre social, en

cuyo caso o bien se corre riesgo de consanguinidad, o bien podrá dar lugar en el futuro a una hibridación de roles con visos problemáticos. La segunda posibilidad es una compensación que contemple una retribución por viáticos, lo cual daría lugar a una nueva explotación de mujeres de poblaciones vulnerables. La tercera posibilidad es una compensación económica proporcional a lo que implica gestar un hijo para un tercero, en cuyo caso se estaría violando la norma.

En lo que concierne a la donación de gametos, en el caso particular de las mujeres, la ley afecta la capacidad de consentir. Pues con el objetivo de reclutar donantes, las propuestas suelen minimizar los riesgos del procedimiento, retaceando la información. Esa capacidad, por añadidura, puede ponerse en duda cuando dichas mujeres parecen subestimar el valor personal y simbólico que implica una “donación altruista” en la que producen una diseminación de hijos genéticos que nunca conocerán.

Desde un punto de vista macrosocial, parece desconocerse que se seleccionarán aquellas mujeres con rasgos físicos semejantes a aquéllos de los futuros padres sociales, promoviendo una política eugenésica indirecta al privilegiar el nacimiento de determinados fenotipos en desmedro de la diversidad genética. Suzanne Holland, por ejemplo, ha mostrado que los valores más altos se establecen para donantes con características especiales, una práctica que conlleva inquietudes eugenésicas.<sup>3</sup>

En cuanto a las gestantes, la literatura bioética ha puesto en duda su capacidad de consentir. Dodds y Jones, entre otras razones, argumentan que una mujer puede no estar correctamente informada acerca de los riesgos que toma y acerca de los sentimientos que experimentará durante el embarazo y una vez que llegue el momento de renunciar al niño que ha gestado:

“De hecho, un embarazo es impredecible, dadas las limitaciones de nuestro conocimiento acerca de psicología humana y fisiología. Aún si una mujer cree que no va a sentir ninguna respuesta emocional hacia el niño que ha gestado, no es capaz de garantizar que no desarrollará un profundo lazo emocional con el niño. ¿Cómo puede dar una mujer un consentimiento correctamente informado acerca de un niño que sentirá crecer y desarrollarse dentro de ella y al cual le dará forma a través de su cuerpo, antes de saber los sentimientos que estas experiencias le van a producir? Si el lazo se desarrolla durante el embarazo, esos sentimientos tienen que ser tenidos en cuenta, pero sólo se los debe tener en cuenta en retrospectiva.”<sup>4</sup>

Las mujeres no pueden decidir autónomamente porque ser madres sustitutas es un índice de las presiones sobre las mujeres que subyacen en la decisión en apariencia voluntaria: al vivir en una sociedad patriarcal, muchas mujeres tienen baja autoestima, y han absorbido una imagen de sí mismas,

dominante en nuestra cultura, según la cual el valor de las mujeres reside principalmente en su sexualidad y en la capacidad de procrear. Las ideologías pueden ser psicológicamente restrictivas de la autonomía, y una mujer que ve que su única contribución posible hacia el mundo es el niño que puede gestar, podría volcarse a la maternidad sustituta mientras que no lo habría hecho en otras circunstancias. Dos clases de afirmaciones se perfilan aquí: en primer lugar, mujeres en circunstancias paupérrimas podrían encontrar el ofrecimiento de un alto monto de dinero para gestar un niño como muy difícil de rechazar, aun cuando su aceptación pueda conllevar a padecer riesgos serios, tanto físicos como emocionales, que de otra manera no habría padecido. En segundo lugar, las fuertes presiones pro-natalistas dominantes en nuestra sociedad obstaculizan la comprensión de determinado segmento de mujeres, incapaces de decidir autónomamente el volverse madres sustitutas.

Ceder su cuerpo por medio de un contrato para que otros gesten su niño implica que la mujer se vea como acorporal, y que su cuerpo sea despersonalizado, como una propiedad con la cual ella pueda hacer lo que le place:

“El modelo contractual es el paradigma erróneo para la interacción humana y conduce al punto de vista equivocado de los agentes morales. Los agentes se encarnan en locaciones culturales e históricas específicas, en muchos sentidos los agentes morales son sus cuerpos”.<sup>5</sup>

El agente moral mismo debe descorporalizarse, instaurar una relación extrínseca con el cuerpo, de modo tal que un contrato que involucra al cuerpo pueda ser firmado. Para ser capaz de contraer las obligaciones del contrato, la mujer debe considerarse a sí misma como algo diferente de sus capacidades corporales y, en verdad, del cuerpo que sirve de sostén a estas capacidades. Aun si fuera posible separar estas capacidades del cuerpo, todavía se han de poder separar de la mujer intrínsecamente como tal.

Si la mujer se presta al contrato, podríamos asimilar ese arreglo con un contrato de esclavitud temporaria altamente controvertida, en particular porque el proyecto de reforma no contempla una retribución económica, y hasta la prohíbe expresamente. Si, como es más plausible, la mujer presta al contrato sólo una parte de sí misma, el yo como agente moral debe ser separable de esa parte del yo que autoriza a otros a usar del yo, y esto es precisamente aquello que es censurable de la institución de la esclavitud. Esta visión del yo moral es particularmente insatisfactoria si se aspira a comprender los resortes morales que operan en los acuerdos de sustitución: quienes defienden la maternidad sustituta deben conceptualizar al agente moral como algo distinto y separable de su cuerpo y de sus capacidades.

**3. Asimetría intrageneracional en el derecho a la verdad entre los nacidos naturales, los nacidos por técnicas reproductivas y los hijos adoptivos.**

Mientras que en los nacimientos naturales el criterio de determinación de la filiación es la “verdad biológica”, en los nacimientos por fecundación artificial se privilegia la “voluntad procreacional” fundada en el deseo de ser padres sociales, sacrificándose la verdad biológica en cuanto los nacidos estarán sujetos a la regla del anonimato de los donantes. Este doble criterio implica que mientras para los nacidos naturales “se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas” para probar la filiación (art. 579), los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida no podrán reclamar vínculo filial a quienes aportaron el material genético sin voluntad procreacional, y sólo podrán conocer la identidad del donante “por razones debidamente fundadas” y por vía judicial.

Este requisito es incongruente con la confección de la historia clínica: mientras lo primero que el médico averigua son los antecedentes familiares del paciente, los hijos nacidos por técnicas reproductivas sólo tendrán acceso a la “información relativa a datos médicos del donante exclusivamente cuando haya *riesgo para la salud*” (art. 564), el cual puede aparecer recién a los veinte o treinta años de vida, cuando el centro de salud interviniente puede ya haber desaparecido.

Esta asimetría se explica porque si se reconoce el vínculo de filiación con el padre genético (aun cuando no se reconozcan derechos sucesorios), la oferta de donantes será nula: abrir el registro de donantes de gametos pondría en peligro el abastecimiento de los bancos. Una vez más, los derechos sojuzgados por las leyes del mercado.

Por añadidura, el anonimato inaugura el riesgo de consanguinidad: en la Argentina, aún cuando cada clínica de reproducción asistida guarde el registro con la información de sus donantes, los mismos pueden ser donantes en otras clínicas.

En acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, el proyecto contempla “el respeto por el derecho a la identidad” de los niños adoptivos, quienes pueden “acceder cuando lo requieran al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó la adopción”, y gozan de un explícito “derecho a conocer los orígenes” (art. 595). Sin embargo, violando el principio de igualdad ante la ley, se omite mencionar el derecho a la identidad en la regulación de los nacidos de donantes.

También se omite tener en consideración el “interés superior del niño” cuando no se evalúan los efectos traumáticos en el niño engendrado de esperma obtenido *post mortem*, práctica contemplada en el proyecto. Y no hay analogía válida: una muerte imprevisible durante el embarazo no es homologable a una voluntad procreacional que no tiene reparos en gestar un hijo deliberadamente huérfano y valiéndose de una intervención siniestra.

**4. Asimetría histórica en el derecho a la verdad.** Mientras que en el reconocimiento del derecho a la identidad y a conocer la filiación, celebramos cada chico restituido a su familia de origen por las Abuelas de Plaza de Mayo, en cambio los niños nacidos de donantes no gozarán naturalmente del acceso a la

información sobre sus orígenes. Y lejos de intentar banalizar la expresión, lo cierto es que serán hijos de desaparecidos, para peor, voluntariamente. Y legitimados por un Estado democrático.

¿En qué se funda dicha asimetría cuando la experiencia internacional muestra que, tal como lo viven los hijos adoptivos, los nacidos de donantes desean conocer su origen que, de otro modo, persistirá inaccesible a la elaboración simbólica? El deseo de conocer de dónde venimos es tan legítimo como independiente del estatuto que la ley haya impuesto al derecho a conocer la filiación. Como declara María Teresa Sanchez, del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo: “La identidad como el derecho de todo ser humano de poder conocer su propia génesis, su procedencia, se asienta en lo biológico pero lo trasciende, se fundamenta en la necesidad de encontrar las raíces que den razón del presente, a la luz de un pasado que, aprehendido, permita reencontrar una historia única e irrepitable.”<sup>6</sup>

Una vez sentadas estas asimetrías, ¿qué queda de la tan proclamada “armonía jurídica” y de la organicidad lógica de la normativa, cuando el proyecto comete una flagrante disociación de la identidad genética, gestacional y social a costa de su coherencia? Semejante arbitrariedad conceptual, habilitada por un forzamiento pragmático, no parece ser la respuesta a una necesidad de acompañar las innovaciones biotecnológicas con la ley. En *El futuro de la naturaleza humana*, el filósofo alemán Jürgen Habermas aspira a asentar la legalidad jurídico-política en la ética. Observa entonces que la reflexión filosófica debe cuestionar el reino de los hechos consumados y retroactivamente aceptados por el derecho; debe denunciar el apuro de los operadores que no resisten las presiones de la economía de mercado implicadas en la competencia neoliberal globalizada y debe alertar sobre el abandono de una sociedad igualitaria y justa.<sup>7</sup> ■

#### Notas y referencias bibliográficas

<sup>1</sup> Spar D.L. *The Baby Business: How Money, Science and Politics Drive the Commerce of Conception*. Boston: Harvard Business School Press, 2006.

<sup>2</sup> Covington S.N. y Gibbons W.E. What is happening to the price of eggs? *Fertility and Sterility* 2207; 87(5): 1001-4.

<sup>3</sup> Holland S. Contested Commodities at Both Ends of Life: Buying and Selling Gametes, Embryos and Body Tissues. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2001; 11(3): 263-284.

<sup>4</sup> Dodds S. y Jones K. Surrogacy and the Body as Property, en Stephen Darling (ed.) *Cross Currents: Philosophy in the Nineties Adelaide*. Flinders University Press, 1992, 119-33.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 131.

<sup>6</sup> Sánchez M.T. El derecho a la identidad, en Abuelas de Plaza de Mayo (ed.) *Juventud e Identidad*. Disponible en <http://conadi.jus.gov.ar/gsd/cgi-bin/library?e=d-000-00---0libros-00-0-0-0prompt-10---4---stx--0-01--1-es-50---20-help-derecho+a+la+identidad--00001-001-1-0utfZz-8-0&a=d&c=libros&cl=CL1&d=HASH018bb8522cc3d9fad98c304a>

<sup>7</sup> Habermas J. *El futuro de la naturaleza humana: ¿Hacia una eugenesia liberal?* Buenos Aires: Paidós, 2004.