

Sambrizzi, Eduardo A.

*La maternidad subrogada (gestación por
sustitución)*

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sambrizzi, E. A. (2012). La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>
[Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA MATERNIDAD SUBROGADA (GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN)

EDUARDO A. SAMBRIZZI

1. La norma proyectada y la crítica del procedimiento de maternidad subrogada

En el artículo 562 del proyecto de Reformas al Código Civil se admite la maternidad subrogada –que solo es permitida en muy escasos países¹–, no obstante que, tal como hemos sostenido en más de una ocasión², la razón y el sentido común se rebelan ante dicha práctica, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de ella misma³ o de quien encargó al niño –aunque también puede ser de una tercera persona–, fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. O, también, de gestar un embrión de terceros, produciéndose de esta manera una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo; además, esa disociación provoca una situación de incertidumbre con relación a la filiación, debido a la dicotomía existente entre madre genética y madre gestante, desatendiéndose de tal manera el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.

La mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, por considerárselo inmoral, no existiendo duda de que de ser acordado, actualmente se decretaría su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio⁴. Y ninguna duda existe sobre que

1. Véase al respecto nuestro trabajo *La Filiación en la Procreación Asistida*, Buenos Aires, 2004, págs. 160 y sig.

2. *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2010, t. VI, págs. 88 y sigs., n° 1317; *La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, 2001, págs. 109 y sigs.; *La Filiación en la Procreación Asistida*, cit., págs. 157 y sigs.; “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, *La Ley*, 2010-D-1182.

3. Aunque se dice que este supuesto no es el característico de esta figura, o, al menos, no es el genuino: Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 2, ps. 558 y sigte., parágr. 1154; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, Buenos Aires, 1995, p. 319; Wagnmeister, Adriana M., “Maternidad subrogada”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 3, Buenos Aires, 1989, p. 20, II, y “Maternidad subrogada”, publicado en el n° 43, de julio/agosto 2009 de esa misma Revista, p. 419; Sapena, Josefina, *Fecundación artificial y derecho*, Asunción, Paraguay, 1998, p. 139, quien afirma que en este caso no se está en presencia de un mero alquiler de vientre, sino de una compraventa de niños; Silva Ruiz, Pedro F., “Manipulación de embriones humanos”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 7, p. 87; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegiu, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, cit., p. 68, quienes manifiestan que el fenómeno genuino se presenta en el contraste entre lo genético y lo biológico, entre la fecundación y el parto.

4. Conf., Tobías, José W., *Derecho de las Personas*, Buenos Aires, 2009, p. 85; Mazzinghi, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª. ed., Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 125, parágr. 727; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Respon-

las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad⁵ y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada⁶. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima⁷, por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato⁸.

El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño, recibir el tratamiento de cosas⁹. Kant decía que “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”¹⁰.

sabilidad derivada de la biotecnología”, en Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, p. 206; y Bioderecho, Buenos Aires, 1998, ps. 76 y 166; Hoof, Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, 1999, p. 45; Méndez Costa, María Josefa, La Filiación, Santa Fe, 1986, ps. 209 y 210; Bossert, Gustavo A., “Fecundación asistida”, JA, 1988-IV-879 y sigte. (este autor afirma, sin embargo, que le parece excesiva la prohibición en sí misma de la práctica); Wagmaister, Adriana M., “Maternidad subrogada”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 3, cit., p. 25; Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, JA, 1995-I-451; Vidal Martínez, Jaime, “La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos”, LA LEY, 1986-D, 1041, n° 7; Cafferata, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED, 130-740; Basso, Domingo M. y otros, Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX, Buenos Aires, 1995, ps. 232 y 233; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., p. 322; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 325, 12; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit., p. 144; Sánchez Gómez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, p. 141; Parellada, Carlos Alberto, “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. Méndez Costa, cit., p. 425, f); Osset Hernández, Miquel, Ingeniería genética y derechos humanos, Barcelona, 2000, p. 90; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegui, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit., p. 139, donde citan en apoyo de su posición los arts. 1271 y 1275 del Cód. Civil español, similares a nuestro art. 953.

5. En la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción *Donum Vitae*, que fuera aprobada por el papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, se afirmó con relación a la maternidad subrogada, que la misma es contraria “a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen” (II, B, n° 5).

6. Conf., MOSSO, CARLOS JOSÉ, “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, ED, 167-961.

7. RAMÍREZ NOVALÓN, “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana, Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas”, en Revista General del Derecho, 1987, pág. 6564 (cit. por PÉREZ MONGE, Marina, La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, Madrid, 2002, pág. 347, nota 89).

8. MORO ALMARAZ, María Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, Barcelona, 1988, pág. 264. Véanse los argumentos que expone dicha autora tanto a favor como en contra de la maternidad subrogada, en las págs. 334 y sigs. La ilicitud del contrato ha sido puesta de relieve, entre otros, por el *Comité National d'Etique* de Francia en el mes de diciembre de 1984, por ser su objeto nulo y contraído en fraude a la ley relativo a la adopción, que depende de la decisión de un juez que se pronuncia en función del interés del menor.

9. ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 561 y sigtes., parágr. 1154. JOSEFINA SAPENA pone el acento en su crítica a la maternidad subrogada, en el hecho de que la misma es contraria a los intereses del niño así nacido, por estar dividido el vínculo materno-filial, dando lugar a conflictos muy difíciles de resolver en materia de filiación, aparte de generar en los afectos conflictos sociales y psicológicos irreparables (Fecundación artificial y derecho, cit., p. 143).

10. Cit. por APARISI MIRALLES, ÁNGELA, “Aspectos Científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, ED, 179-963.

En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido –dice Mirta Videla–, la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable. Y agrega que desde la ética “es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame”¹¹. Liliana Matozzo de Romualdi afirma a su vez al referirse a la maternidad subrogada, que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana¹². Dicha crítica también es efectuada por María Josefa Méndez Costa, quien señala que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses¹³.

La dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres genéticos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones¹⁴. Pero el daño al hijo no comienza ni concluye allí, pues la especialísima relación que se produce entre la madre o la gestante y el hijo con motivo de la gestación, desaparece en el caso de la maternidad de sustitución, al separarse a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, dejándose de tal manera de lado las necesidades del recién nacido, que se hacen pasar a un segundo plano, mientras que se privilegia el deseo de quienes lo encargan.

Es importante asimismo destacar el hecho de que, como señala Liliana Matozzo de Romualdi, el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la mujer que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio¹⁵. Por otra parte, no debe dejarse de lado el hecho de que la madre que alberga al embrión acoge a un ser cuyo patrimonio genético –en el supuesto de que el óvulo no haya sido de ella– difiere en un 100 % del suyo, no teniéndose por el momento elementos suficientes como para juzgar sobre las consecuencias que el día de mañana esa circunstancia puede producir tanto en el nuevo ser como en la madre gestante.

Debemos poner de relieve que la admisión de estos pactos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos –y que Mirta Videla califica de *anfitrionas del feto para otros*¹⁶– que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar¹⁷. Convenios de la naturaleza del analizado dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución, además de traer consigo problemas de distinta especie, entre los cuales señalamos, aparte de los ya mencionados, el que se produce cuando el estudio prenatal informa sobre malformaciones en el feto, situación para la cual generalmente se conviene como *solución* –si así pudiera llamarse–, la del aborto¹⁸.

Vidal Martínez ha afirmado con relación a esta práctica de la maternidad de sustitución, que su difusión resulta a todas luces indeseable por la instrumentalización a que se somete a la mujer¹⁹. Y Llambías señala “la serie de aberraciones que todo ello supone y qué tipo de sociedad humana puede

11. VIDELA, MIRTA, Los derechos humanos en la bioética, Buenos Aires, 1999, p. 159.

12. “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”, ED, 182-1656.

13. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t. III, ps. 55 y 173, n° 73, b).

14. MOSSO, CARLOS JOSÉ, “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, cit., ED, 167-961. Conf. en cuanto a que la maternidad subrogada no se compadece con el necesario respeto a la dignidad humana, GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 141.

15. ¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, E.D., 181-1453 y sig.

16. Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 153.

17. Parecería que diferenciar esos supuestos no constituye sino una mera hipocresía.

18. VIDELA, MIRTA, Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 56.

19. VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, de VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, BENÍTEZ ORTÚZAR, JOSÉ IGNACIO y VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA, Granada, 1998, p. 123.

plasmarse a poco que el egoísmo latente en todo ser aflore en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos decidan eximirse de las cargas de la maternidad desplazándolas sobre las nuevas esclavas portadoras en sus senos de los hijos ajenos, a cambio de la superación de su indigencia: ¡he ahí la prostitución de la maternidad transitoria con todo el cortejo degradante de los comisionistas y de los auxiliares profesionales!”²⁰.

No obstante lo hasta aquí expresado, de acuerdo al contenido del Proyecto de Reformas al Código Civil, la gestante queda desplazada como madre, pasando de tal manera el niño a constituir una mercancía que aquella se obliga a proveer, convirtiéndolo en el objeto de un contrato. Además, el niño puede inclusive no tener siquiera una madre, porque de acuerdo a lo proyectado, también puede un hombre solo –o dos– contratar la gestación.

2. El contenido de la reforma supone la existencia de un derecho al hijo, que la mayor parte de la doctrina rechaza

En efecto, de los fundamentos de la norma proyectada –a los que más adelante haremos referencia particularizadamente– se desprende en forma clara que los integrantes de la Comisión de Reformas consideran que todas las personas tienen lo que se ha dado en llamar un “derecho al hijo”, considerado, tal como hemos sostenido en otra oportunidad²¹, como un medio de satisfacer una necesidad que de alguna manera se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida²². O quizás por la necesidad innata del ser humano de perpetuarse, o hasta inclusive por una especie de atavismo cultural ínsito en el ser humano y cuyas raíces se pierden en el tiempo, del cual constituye un testimonio lúcido el hecho admitido en distintas culturas de la antigüedad, de considerar a la fecundidad como una bendición de los dioses, y a la esterilidad, en cambio, como una maldición.

En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos que hacia el hijo en sí mismo²³, como si aquellos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo –olvidando que la persona no puede ser *objeto* de un derecho–, que se debe satisfacer no importando a costa de qué o de quién²⁴. Andorno afirma en ese mismo sentido, que en el caso no solo falta el sujeto activo, sino también el sujeto pasivo de ese pretendido derecho²⁵. Por su parte, Bustamante Alsina denomina *ensañamiento procreativo* al afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costo, lo cual persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando de tal manera que el procrear no es un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza, así como que el hijo tiene el derecho natural a nacer con dignidad²⁶.

20. LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, “La fecundación humana *in vitro*”, ED, 79-896, V. En ese sentido, recordamos que en el mes de septiembre de 2000 se denunció a Radio Vaticana que en Italia, jóvenes extranjeras procedentes de países del Este europeo son utilizadas por organizaciones mafiosas albanesas, como si fueran fábricas de hijos, alquilando su útero a familias que no pueden tener hijos, por la suma de tres mil dólares.

21. Véase al respecto nuestro trabajo más arriba cit., “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, La Ley, 2010- D-1182.

22. Conf., VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, en el prólogo del libro Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, cit., p. XVII.

23. DOMINGO M. BASSO pone de relieve al respecto el hecho de que cada día existe un “menor interés por el individuo niño, que se opera en beneficio del individuo adulto”, debido a la idolatría de la técnica (Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 333).

24. Si el marido no puede proveer el semen, resulta inimaginable la exigencia de obligar a un tercero a proveerlo. BUSTOS PUECHE, entre otros, se manifiesta en forma expresa contra la posibilidad de que se considere que la persona tiene un derecho subjetivo a tener un hijo, dado que la persona humana no puede ser objeto de un derecho (El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, Madrid, 1996, ps. 91 y sigtes.).

25. ANDORNO, ROBERTO L., “El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación *in vitro*)”, ED, 131-904.

26. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, LA LEY, 1997-D, 1212 y sigte. Agrega dicho autor que, de la misma manera, “el derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa”.

Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, siguiendo esa misma pauta, cualquier persona también podría exigir que se le proporcione felicidad, o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también tiene derecho a tener una buena salud, lo cual, como es natural, no se le puede proporcionar, sino, a lo más, en cuanto a la salud, se le debe otorgar –y, por tanto, puede exigir– una adecuada atención médica, lo que como es obvio, no le garantiza una buena salud. En realidad lo que las personas tienen no es un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural. En igual sentido, Vicente Bellver Capella sostiene que a nadie se le puede obligar ni prohibir tener hijos, existiendo solo derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Y agrega que la libertad para tener o no hijos, no incluye la voluntad de tenerlos de cualquier manera, o de reproducirse a cualquier precio²⁷.

La eventual admisión del derecho a tener un hijo podría implicar, como una consecuencia lógica, el reconocimiento del derecho a no tenerlo, y según señala Ana María Vega Gutiérrez, el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a tener el hijo mediante el recurso de las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna, o el derecho a la esterilización y a la elección de cualesquiera métodos anticonceptivos, etc. Agrega dicha autora que la responsabilidad procreadora supone el rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para deseársela a toda costa, como para rechazarla en forma absoluta y por cualquier medio²⁸.

Acertadamente señala Mazzinghi que admitir la existencia de un derecho al hijo, sería reducir a este a una condición semejante a la de las cosas, así como que esa suposición constituye uno de los errores que se proyecta con mayor fuerza sobre los métodos de fecundación artificial²⁹. Y Arias de Ronchietto se pregunta si “el *derecho al hijo* incluye el *derecho* a la crioconservación y al eventual descarte –muerte– de los otros *hijos*”³⁰. Es por ello que no estamos de acuerdo con aquellos que entienden que no importa la forma en virtud de la cual se consigue un hijo.

Queremos por último recordar que en la Instrucción *Donum Vital* se señaló que “un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, *el más grande* y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho... a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción”³¹.

27. ¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, Granada, 2000, ps. 120 y sigte.. Conf., MAZZINGHI, JORGE A., “Reproducción asistida: Sensatez con media sanción”, ED, 173-1107. Señala Mazzinghi que desde que la esclavitud fue abolida en el mundo, se acepta que el hombre no puede ser objeto del derecho de otro; MOLINA, ALEJANDRO, “La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia – Consideraciones y aplicaciones a nuestra realidad actual”, ED, 175-603; SAPENA, JOSEFINA, Fecundación artificial y derecho, cit., quien señala que el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que pueda ser exigido al margen de cualesquiera consideraciones sociales, o sin considerar el bien de otros, o de la sociedad (ps. 43 y 119).

28. VEGA GUTIÉRREZ, ANA MARÍA, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, cit., p. 44.

29. MAZZINGHI, JORGE A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 4, ps. 101 y sigtes., parágr. 719.

30. ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., “Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?”, en El Derecho frente a la procreación artificial, Buenos Aires, 1997, p. 74.

31. Esto es reiterado en el n° 2378 del Catecismo de la Iglesia Católica, como también en el Angelus del 31 de julio de 1994, donde, entre otros conceptos, Juan Pablo II agregó que por lo que se refiere a la ciencia, esta tiene la obligación de mantener los procesos procreadores naturales, y no la función de sustituirlos artificialmente”. Conf. el Discurso de S.S. Pío XII al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad, del 19 de mayo de 1956, en que afirmó que “los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos” (cit. por el presbítero PEDRO JOSÉ MARÍA CHIESA: “El estatuto biológico-moral. Sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial”, en El Derecho frente a la procreación artificial, Buenos Aires, 1997, p. 52). Ver, en igual sentido, MOLINA, ALEJANDRO, “La Argentina y la adopción internacional”, ED, 186-1114, n° II.

3. Los requisitos exigidos en el Proyecto de Reformas para que el juez pueda autorizar la gestación por una tercera persona

No obstante lo hasta aquí dicho y tal como más arriba puntualizamos, en el Proyecto se admite un convenio como el referido, que debe ser acordado únicamente previa autorización judicial, debiendo el juez homologar lo convenido si se acreditan las circunstancias que seguidamente señalaremos:

a) que se ha tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer.

Llama la atención la exigencia de este requisito, por cuanto resulta más que difícil pensar que el *interés superior del niño* puede haber sido tenido en cuenta en una práctica de maternidad subrogada, o pueda consistir en que al muy escaso tiempo de nacido se lo separe voluntariamente de la gestante –que lo ha tenido en su seno durante nada menos que nueve meses– para entregárselo a una persona con la que hasta ese momento no ha tenido nada que ver con él, salvo, en todo caso y a lo más, que la misma haya aportado el óvulo con el que se fecundó el embrión transferido a la madre de alquiler.

Debemos señalar con respecto al interés superior del niño, lo expresado por Mirta Videla en cuanto a la memoria corporal de todo niño, mediante la cual “registra el contacto, el movimiento, los ritmos viscerales y motores, los olores, los sabores y el acompasado *tun-tun* del corazón de la mujer que lo lleva nueve meses metido en su cuerpo. Eso forma parte de la biografía gestacional del niño... El niño gestado para ser abandonado permanece invisiblemente ligado al cuerpo muerto para él... Un niño es receptivo de todo hecho en que se encuentre involucrado y *cualquier experiencia deja huellas*, su psiquismo y su cuerpecito son como un papel secante que absorbe los acontecimientos de la existencia”³².

b) que la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.

Este requisito nos hace recordar lo expresado por José Enrique Bustos Pueche, quien con respecto a la maternidad subrogada señala el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica, lo cual, dice, se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo *a la carta*, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida humana, afirma, vuelve a otearse en el horizonte³³.

Debemos por otra parte señalar que la norma no requiere, como sí resulta de varios proyectos de ley presentados en distintos Estados de los Estados Unidos de América, una certificación o un informe de un especialista en el sentido de que la madre subrogada y su marido, en caso de que estuviera casada, son personas aptas para entregar el niño luego de nacido, o de que la madre portadora debe someterse a una evaluación psíquica y psicológica previas y a un asesoramiento psíquico posterior al nacimiento del bebé, si así fuera recomendado.

c) que al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético.

No cabe duda de que dicha exigencia es preferible a que ninguno de los denominados *comitentes*³⁴ haya aportado sus gametos. Pero lo cierto es que tal circunstancia no cambia en absoluto la inmoralidad del convenio de alquiler de vientre.

32. VIDELA, MIRTA, Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 152.

33. El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, cit., p. 183.

34. La palabra *comitente* denota claramente un aspecto comercial en el convenio.

Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de señalar que no resulta clara la manera en la que el juez –que, como resulta del Proyecto, debe otorgar la autorización para que se pueda proceder a la práctica– vaya a constatar el cumplimiento de este requisito. Por cuanto no podemos pensar que vaya a requerir la realización de un examen preimplantatorio en el embrión –con el peligro que resulta para la vida del mismo– para acreditar el cumplimiento de lo requerido. Aunque de no ser así, resultará sumamente fácil violar la norma.

d) que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.

La exigencia parece en buena parte enderezada –aunque, naturalmente, no en forma exclusiva– a facilitar la descendencia a la unión de dos hombres, o aun a un hombre solo, ya que ninguna limitación se establece al respecto en la normativa proyectada. Quizás no esté de más señalar que la práctica de la maternidad subrogada resulta antinatural en supuestos como los referidos, pues la propia naturaleza indica la conveniencia de la crianza de los niños por una mujer, quien físicamente se encuentra capacitada para alimentar con su cuerpo a los recién nacidos.

e) que la gestante no ha aportado material genético propio.

Si este requisito estuviera pensado con la finalidad de evitar un reclamo de maternidad por parte de la gestante, o de que esta se negara a entregar al recién nacido, la exigencia no parecería suficiente, puesto que, al menos a nuestro juicio, más relevante que el material genético es el aporte biológico transmitido al hijo por nacer durante el período del embarazo.

f) que la gestante no ha recibido retribución.

También llama la atención dicha exigencia, que parece desconocer la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero. De más está poner de relieve la prácticamente imposibilidad por parte del juez de poder constatar que en el caso la gestante no ha recibido o no recibirá una retribución del o de los comitentes.

Cabe señalar que la ilicitud del objeto de un convenio de la naturaleza del señalado es independiente de la circunstancia de haberse o no convenido un precio por la gestación, como también del hecho de que la finalidad que tuvo en mira la madre sustituta haya sido altruista³⁵. No podemos desconocer que hay personas que se prestan a gestar un hijo para un tercero porque sienten que su acción es positiva, algo así como si hubieran donado un órgano; o porque al estar embarazadas, se sienten respetadas por los demás; o porque de esa manera sienten que expían una culpa por un aborto antes realizado. Pero lo cierto es que no se podría justificar el método de procreación por sustitución porque el mismo haya sido realizado sin que se halle el lucro de por medio³⁶, ya que no es posible que ese acto sea efectuado a costa del hijo, no resultando admisible que este sea tratado como una cosa, como si fuese una mercancía, pues como antes señalamos, el objeto del contrato es la persona que mediante él se encarga.

35. Conf., entre otros, TOBIAS, JOSÉ W., Derecho de las Personas, cit., p. 85.

36. Conf., GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 141.

g) que la gestante no se ha sometido a un proceso de maternidad subrogada más de dos (2) veces.

Ello significa que la gestante podrá someterse a dicho proceso por lo menos tres veces, lo que de alguna manera hace suponer el carácter retributivo de su accionar.

Ello sin perjuicio de apuntar la dificultad de hecho existente para acreditar la cantidad de veces que la mujer que se ofrece como gestante para una tercera persona lo ha hecho con anterioridad.

h) que la gestante ha parido, al menos, un hijo propio.

Si bien nada se aclara con respecto a este requisito en los Fundamentos del Proyecto, podría pensarse que se trata de acreditar que la gestante no tiene inconvenientes de tipo físico para gestar a una criatura, o que el hecho de tener ya al menos un hijo propio la disuadirá de querer retener al hijo que gestó por encargo.

La norma proyectada dispone, por último, que los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la previa autorización judicial, careciéndose de la cual, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

4. Los fundamentos del Proyecto y su réplica

En dichos Fundamentos se afirma que al existir un reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo y tener estas derecho a recurrir a la filiación por adopción, “sería inconsecuente no autorizar para ellas las técnicas de reproducción humana asistida”. No podemos coincidir con lo expresado, ya que, por de pronto, en el supuesto de tratarse de un matrimonio entre dos mujeres, para tener descendencia cualquiera de ellas puede acudir a alguna de las técnicas de procreación asistida que no impliquen la maternidad subrogada. Y tanto en ese supuesto como en el de un matrimonio entre dos hombres, pueden recurrir a la adopción. Por otra parte, el hecho de que puedan recurrir a esta última institución no significa argumento alguno para que también puedan acceder a la maternidad subrogada.

Pero, además, no es admisible querer justificar la admisión de la maternidad subrogada, por el hecho del reconocimiento legal en nuestro país del matrimonio entre personas del mismo sexo, tan es así que de acuerdo al contenido del Proyecto, cualquier persona, esté o no casada o conviviendo con otra, puede acudir a dicho procedimiento para tener un hijo, lo que también carece de justificación alguna y desnuda lo erróneo del fundamento esgrimido.

También se expresa en los Fundamentos que “se entiende más beneficioso contar con una regulación de pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de estas prácticas”, y que “ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición”. Con respecto a lo cual podemos señalar la innecesariedad de una pauta más clara que la que resulta de la actual normativa para determinar la maternidad, consistente en la gestación del niño, que no deja resquicio alguno a la duda.

Y naturalmente que los conflictos jurídicos siempre podrán presentarse, sea cuales fueren las disposiciones en vigor, buena prueba de lo cual la constituye el reclamo judicial que se recuerda en los Fundamentos del Proyecto –de fácil solución por aplicación de la normativa vigente–, de “la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado”. Resulta innegable que siempre pueden presentarse conflictos referentes a la determinación ya sea de la paternidad o de la maternidad, siendo por demás evidente que de aprobarse la norma proyectada, también la gestante podrá cuestionar la maternidad del o de los comitentes, por ejemplo, con fundamento en la alegación del hecho de haber sido ella la que gestó

al niño y, por tanto, la que más ha contribuido a su desarrollo. Afirma Mazzinghi con razón, que la madre gestante también lo es orgánicamente, por haber contribuido al desarrollo del embrión y al alumbramiento —es madre biológica, aunque no genética, dice—, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos³⁷.

Lo cierto es que tan biológica es la aportación genética (titularidad del óvulo), como la nutrición y cuidado embrionario (titularidad de la gestación), debiendo señalar que, a nuestro juicio, en la determinación de la maternidad debe prevalecer la gestación, así como destacar que en el Proyecto ni siquiera se requiere que la comitente (de tratarse de una mujer) aporte el óvulo. Por otra parte, en apoyo de la corriente de pensamiento que destaca el aporte de la madre gestante por sobre el aporte genético de quien no ha gestado a la criatura, debemos resaltar la relevancia que para la formación psicológica del niño tiene la gestación. En ese sentido, Juan Carlos Piora señala que “la formación de la persona no comienza con el alumbramiento, sino con la concepción, y que las influencias prenatales son muy importantes. Esas influencias prenatales no son solo físicas, sino también psicológicas...”³⁸. También Xavier O’Callaghan pone de relevancia la comunicación de elementos propios biológicos y afectivos que la gestante hace al niño que ha acogido en su seno durante largos meses³⁹.

Por su parte, Loyarte y Rotonda afirman la interacción que existe del nuevo ser con el medio en el que se desarrolla, lo que lleva a dichas autoras a afirmar que “desde el mismo instante en que una nueva vida se inicia, el entorno tendrá un efecto directo e indirecto sobre esta”, ya que la relación entre madre e hijo durante la gestación, junto con las relaciones con el padre y con terceros luego del nacimiento, habrán de ser decisivas en la conformación del ser humano⁴⁰. Esa relación tan especial que existe entre la gestante y la persona por nacer y que se perderá si se aprueba la norma proyectada, ha sido asimismo puesta de relieve en el denominado Informe Benda, que en el año 1985 aprobó una Comisión interdisciplinaria constituida un tiempo antes por el Ministro Federal de Justicia y el de Investigación y Tecnología de la entonces República Federal de Alemania, que se ocupó de los nuevos métodos de fertilización *in vitro* y del análisis del genoma, así como de la terapia de genes en el hombre, y las cuestiones éticas y jurídicas que plantean esos métodos. En dicho Informe, entre otros aspectos, se remarcó la gran importancia que presenta para el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la mujer embarazada y la persona que lleva en su seno, que si fue gestada con un óvulo de la madre requirente y semen de su esposo, podría originar conflictos y perjudicar al hijo, el cual, se dijo, en el caso de conocer su origen encontrará importantes problemas en la búsqueda de su identidad, por la necesaria participación en su existencia que tienen tanto la madre gestante como la genética. A lo cual se añadiría, se sostuvo, la duda que puede existir en el momento del alumbramiento, sobre quién es la madre, lo que haría nacer al niño bajo tan grave desconocimiento⁴¹.

Siguiendo la pauta recién señalada, además de afirmar que la solución de dar preeminencia en la determinación de la maternidad a una persona distinta de la gestante transforma al hijo en el objeto de un contrato, no consintiendo su dignidad que se disponga su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos, Mazzinghi ha afirmado que la relación entre la gestante y el niño alcanza un grado que no queda limitado al aspecto orgánico, sino que trasciende a lo psíquico, habiéndose

37. Tratado de Derecho de Familia, cit., t. 4, pág. 113, inc. a), parágr. 723, y pág. 126, inc. a) parágr. 727.

38. “¿Cómo prevenir la delincuencia?”, en Familia y Valores, suplemento del diario La Nación del 31 de octubre de 1999, pág. 20). Ver asimismo sobre esta cuestión, entre otros, CAFFERATA, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, cit., E.D., 130-744, n° 36; OBIGLIO, Hugo O.M., “En Homenaje al *Nascituro*”, en la Revista de la Corporación de Abogados Católicos (Comisión de Abogados Jóvenes), de Julio de 2000, Año IV, n° 6, donde señala que la soledad del *nascituro* es relativa, “puesto que la interacción madre-hijo, el sentir de la embarazada, que es portadora de una nueva vida, hace que esta soledad sea aparente, puesto que en realidad se convierte en un particular diálogo de amor”.

39. Conf. lo expresado en la pág. 12 del Prólogo al libro La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., cit.

40. LOYARTE, Dolores—ROTONDA, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., págs. 73 y sigs.

41. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, cit., págs. 59 y sigs.

afirmado la existencia de una auténtica simbiosis entre ambos⁴². De forma similar, Carlos Lasarte Álvarez atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el niño durante el embarazo⁴³. Esto es tan así, que en distintos proyectos de ley presentados hace ya un tiempo en varios Estados de los Estados Unidos de América se establece que antes de la suscripción del contrato aceptando gestar un niño para otra mujer, la madre sustituta debe someterse al asesoramiento de un profesional acerca de las consecuencias psíquicas de la supresión de los derechos sobre el ser que va a nacer⁴⁴.

Recordamos, asimismo, que en el Informe Parlamentario aprobado en el año 1985 en España por la denominada “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas”, se puso de relieve “el estigma vital que puede llegar a gravitar sobre la mujer sustituta que en principio entrega el hijo a la pareja estéril, y luego lo desea”, así como también, que no es aventurado suponer que esa situación pueda llegar a “ser causa de desequilibrios psicológicos permanentes y reacciones imprevisibles para cualquier mujer sensible sometida a una clara quiebra de identidad”. Además, en dicho Informe se interpretó con relación a los aspectos biológicos genéticos de la maternidad y los aspectos biológicos de la gestación, que “ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos, es más importante el componente de gestación que el genético pues la gestante lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora, y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros... aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes”. Pocos años después, en 1988, al referirse el legislador en la Exposición de Motivos de la ley n° 35 a la que allí denomina maternidad plena, en la que la mujer gesta al hijo con su propio óvulo, y a la no plena o parcial, que comprende la maternidad de gestación, y la maternidad genética, se afirma que “en cualquier caso y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”.

Además, el hecho de dar preeminencia a la gestación hace que resulten determinados con mayor precisión y seguridad los lazos filiatorios, limitándose en importante medida las acciones de impugnación de estado. Por otra parte, de esa manera también se tiene en cuenta –y esto creemos que es fundamental– el interés del hijo, quien en el hipotético supuesto de permitirse y prosperar una acción de impugnación de la maternidad con fundamento en no ser la mujer la madre genética, quedaría el mismo –de provenir el óvulo de una donante anónima– sin una madre cierta⁴⁵.

5. Conclusiones

De lo hasta aquí dicho no podemos sino concluir en nuestro total y absoluto desacuerdo con la norma proyectada, que permite que cualquier persona capaz, hombre o mujer, haya o no contraído matrimonio, viva sola o en pareja, pueda convenir con una mujer que esta geste un hijo para serle entregado luego de nacido. Un convenio de esa naturaleza ha sido considerado inmoral por la mayor parte de nuestra doctrina, que ha entendido que, de celebrarse, el mismo sería nulo, de nulidad absoluta. Resulta claro que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.

Lo cual no se ha modificado con motivo de la sanción de la ley 26.618 que permitió la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, no constituyendo una unión de esa naturaleza

42. MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, cit., t. 4, pág. 126, inc. a), parágr. 727.

43. Principios de Derecho Civil, t. VI, Derecho de Familia, Madrid, 1997, pág. 346.

44. Véase al respecto, MARTÍNEZ-PEREDA, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit., págs. 46 y sig.

45. Esto es también puesto de relieve, entre otros, por ALTERINI, Atilio Aníbal, “Cuerpo humano, persona y familia”, en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., pág. 312.

motivo alguno como para modificar la doctrina que afirma la inmoralidad de la práctica de la maternidad subrogada. Dicha conclusión se ve reforzada, si se creyera necesario, por la circunstancia de que, como más arriba recordamos, las personas no tienen un derecho subjetivo a tener un hijo, sino únicamente un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural.

Resulta asimismo claro que el interés superior del niño, que es la pauta que debe tenerse en cuenta cuando de los mismos se trata, implica no solo que tengan –de ser posible– tanto un padre como una madre, sino también de resguardar su identidad, que está dada por elementos biológicos, que resultan de la naturaleza, y no, en cambio, del contenido de una ley que omita tener en cuenta a tal efecto la relación con la gestante. Resulta además inadmisibles crear huérfanos artificiales, que es lo que ocurriría si el comitente del niño fuera una sola persona.

Por todo lo cual nos oponemos firme y decididamente a la norma proyectada, y esperamos que se cumpla la promesa efectuada por el Dr. Ricardo Lorenzetti al inaugurar en Tucumán las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el sentido de que las normas a ser reformadas lo serán por consenso de los operadores jurídicos.