

## ***Maternidad subrogada\****

**Por María E. Cano**

### **1. Introducción**

El objetivo del presente trabajo ha sido abordar la repercusión integral que las prácticas conocidas como “alquiler de vientres” o “maternidad subrogada” conllevan en nuestra sociedad.

Ante la convicción de la importancia que para el estudio de este tema reviste la actuación interdisciplinaria y, esencialmente, la utilidad que para la ciencia jurídica representa el auxilio de disciplinas tales como la medicina, ética, psicología y sociología, entre otras, es que he intentado comprender los matices de esta cuestión transitando el camino del análisis jurídico, en el cual las ciencias que operan como auxiliares del mismo juegan, en muchos casos, de atajos instructivos que, merced a la luz arrojada mediante sus conceptos, permiten al jurista aprehender acabadamente el fenómeno objeto de investigación, arribando a un conocimiento cuasi completo del mismo.

La novedad de las técnicas de manipulación genética, una de cuyas proyecciones es el llamado alquiler de vientres, ha suscitado un sinnúmero de polémicas a nivel mundial atento los derechos en juego y, fundamentalmente, el eje en derredor del cual giran y confluyen todas sus consecuencias: la persona y su dignidad.

Cuando de las personas se trata, las conclusiones no deben ser tibias, ningún aspecto que implique la dignidad y el honor puede quedar al desamparo y la suerte de quienes detentan el poder en un determinado momento de la historia. La tarea del científico consistirá, desde esta perspectiva, no solo en desarrollar descubrimientos que enaltezcan la calidad de vida sino, como contrapartida necesaria, en velar porque los mismos no se conviertan en herramientas de vulneración y manejo de lo más sagrado: la vida como objeto inseparable de la persona humana y, por ello, desarrollada en plena libertad, sin otras influencias –salvo para quienes creemos en una fuerza superior– que hayan predeterminado su origen y destino.

### **2. Concepto**

En su acepción vulgar el vocablo “subrogar” significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”. A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación<sup>1</sup>.

---

\* Publicado en “Persona”, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, dic. 2001, n° 2.

<sup>1</sup> Conf. *Diccionario de medicina*, España, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, Espasa Siglo XXI, 2000, los facultativos de ese país aclaran que la maternidad subrogada es inco-

La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

Esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1) La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2) La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.

3) El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

En el supuesto planteado en el segundo acápite, no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético<sup>2</sup>.

Para arribar a este resultado se emplea la técnica de la fecundación *in vitro* de manera tal que, una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratante –cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el espermatozoide– y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño<sup>3</sup>.

Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan harto dificultosas y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, como así también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

En principio, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la “maternidad genética” –a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática– y por el otro, “la maternidad gestacional” de quien cede su vientre. Empero, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada: la “madre de deseo”. Ahora bien, ¿quién será considerada madre por la

---

recta debido a la violencia que impone a la madre y a la cosificación del hijo, debido a que luego de la gestación y el establecimiento de vínculos de afecto, la madre debe entregar el hijo a la pareja contratante.

<sup>2</sup> Conf. doctor Cáceres, Ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, España, 1987, citado por Matozzo de Romualdi, Liliana, *¿Madre subrogada o esposa subrogada?*, ED, 181-1452.

<sup>3</sup> Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, Civitas, 1988, p. 180; Martínez - Pereda Rodríguez, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dyckinson, 1994.

ley?; ¿qué repercusiones psíquicas aparejará en el niño la circunstancia de ser separado de quien lo gestó? Estos y otros interrogantes nos convencen de la necesidad de desentrañar todos aquellos aspectos que involucran a los sujetos comprometidos, en especial, la persona por nacer.

### **3. Prescindiendo de la cigüeña (ámbito sociológico)**

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden esgrimirse, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.

A veces, quienes recurren a esta técnica, experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que el término de un embarazo acarrearía en sus actividades profesionales o, simplemente, no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de una gestación.

Asimismo, existen supuestos en los cuales, es una familiar cercana (abuela, hermana, cuñada, etc.) quien decide prestarle este servicio a su pariente.

Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras, en cambio, sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán paliar la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto<sup>4</sup>.

Esta cuestión de especial importancia, se plantea en el ámbito social en razón de la situación socio-política dentro de la cual el alquiler de vientres se desarrolla. Si observamos el contexto histórico de esta práctica, comprobaremos que las mismas, no siempre se llevan a cabo solo por una motivación altruista sino que, por el contrario, en muchos casos, la mujer que cede su útero recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo<sup>5</sup>. Un ejemplo lo constituye la situación de jóvenes procedentes del este europeo que, en Italia, son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares<sup>6</sup>.

### **4. Semblanzas: algo nuevo bajo el sol**

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración<sup>7</sup>.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego,

---

<sup>4</sup> *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, p. 92.

<sup>5</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Ventre se alquila*, diario "La Prensa", del 10/06/92.

<sup>6</sup> Sambrizzi, Eduardo, *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Bs. As., 2001, p. 114.

<sup>7</sup> *Las nuevas formas de reproducción humana*, p. 180.

surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Uno de los casos mas resonantes fue el denominado “Baby M.” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los tests de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías<sup>8</sup>.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de “Baby M.”, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whithead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para “Baby M.”. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundo el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad<sup>9</sup>.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente<sup>10</sup>. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario El País (España) el

---

<sup>8</sup> *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, p. 28.

<sup>9</sup> Guitrón Fuentes, J., *La genética y el derecho familiar*, Revista Tapia, n° 36, 1987, p. 73.

<sup>10</sup> Martínez Calcerrada, Luis, *La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989, p. 80.

6 de agosto de 1984: “Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”.

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad<sup>11</sup>.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido *in vitro* producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares<sup>12</sup>.

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja<sup>13</sup>. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica<sup>14</sup>.

Recientemente, una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un Código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados.

---

<sup>11</sup> *La nueva inseminación artificial*, p. 81.

<sup>12</sup> Matozzo de Romualdi, Liliana, *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?*, ED, 182-1663.

<sup>13</sup> *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, p. 37.

<sup>14</sup> García Rubio, Mari Paz, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*, Revista Tapia, n° 36, 1987, p. 73.

No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo<sup>15</sup>.

Mención aparte merece el tratamiento de la llamada “maternidad póstuma”. Me refiero al caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la señora Veloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes, la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria.

Con referencia a esta situación, la psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saberse hijo de una madre muerta antes de engendrarlo<sup>16</sup>.

## 5. Problemática jurídica

a) *Determinación de la filiación.* La máxima del derecho romano que expresa *mater semper certa est*, consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autoría genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

El ordenamiento jurídico argentino, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado este adagio para determinar la maternidad y, nuestro Código Civil, lo recoge en el art. 242 (ley 23.264) cuando expone: “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.

Ahora bien, el alquiler de vientres presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo –voluntad procreacional– sólo se halla presente en “quien ha deseado un hijo” (circunstancia que puede coincidir o no con la madre genética), o, por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el período del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

---

<sup>15</sup> Diario “El Mundo”, España, 1/4/00.

<sup>16</sup> Giberti, Eva, *¿Adopción de embriones? En los hijos de la fertilización asistida*, Bs. As., 2001. p. 37.

La elucidación jurídica reside en determinar a cual de las dos mujeres se debe atribuir la maternidad.

Los padres biológicos podrán, en virtud de lo establecido en el art. 262 de nuestro Código Civil, impugnar la maternidad en su calidad de terceros interesados.

La ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida–, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente<sup>17</sup>.

No obstante, también deben ser considerados aquellos supuestos –aunque minoritarios– en los cuales la mujer gestante ha sido inseminada con un óvulo ajeno en contra de su voluntad; o cuando el material genético ha sido extraído a la madre biológica sin el consentimiento de ésta o con una finalidad diversa a la fecundación *in vitro*, e implantado en otro útero. En la hipótesis planteada en primer término, se podría admitir la legitimación de la gestante para impugnar su maternidad; en la segunda situación consideramos a la madre biológica como una tercera interesada y, por ende, legitimada a impugnar la presunción de maternidad por el hecho del parto y reclamar la misma para sí.

Para Vidal Martínez<sup>18</sup>, si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño. Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el mejor interés del niño” habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud<sup>19</sup>.

También puede constituir una disyuntiva la determinación de la paternidad. En efecto, si la portadora es casada e inscribe al hijo como propio, actúa la presunción de paternidad consagrada en el art. 243 del Cód. Civil: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución...”. No obstante, aquel podría entablar la pertinente acción de impugnación de estado de acuerdo con lo prescripto en el art. 258 y demostrar que el gameto masculino fecundante no le pertenece.

Una segunda hipótesis se configura cuando la mujer comitente aporta su óvulo y el marido de la gestante su esperma. En este caso juega la presunción de maternidad por el hecho del parto a favor de la gestante y se presume padre al marido de esta –quien, además es padre biológico–, ¿podrá la madre biológica impugnar la maternidad de la portadora?, nos inclinamos por la respuesta afirmativa en tanto aquella será tenida por tercera interesada.

---

<sup>17</sup> *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, p. 150.

<sup>18</sup> *Las nuevas formas de reproducción humana*, p. 163.

<sup>19</sup> Ciocci Álvarez de Oliveira, Deborah - Borges, Edson, *Reproducao assistida: ¿Até onde podemos chegar?*, Sao Paulo, 2000, p. 49.

Desde luego, el hijo podrá impugnar en todo tiempo la maternidad atribuida por el parto y reclamar la maternidad genética.

Como podemos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas, padecerán la conmovión de no poder establecer de modo claro quienes serán declarados sus padres. Empero, mas grave aun resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética. Nótese que no me refiero exclusivamente al derecho de acceder al emplazamiento en el estado de familia mediante la atribución de una filiación determinada (ello encontraría solución echando mano a una ficción jurídica que atribuyese el título de padre o madre a cualquiera de los reclamantes según el criterio adoptado: padres comitentes o madre sustituta) sino, a la incuestionable prerrogativa de todo humano a conocer con certeza la verdad acerca de sí mismo y su origen; a saberse descendiente de otros y poderlos identificar; finalmente, a rechazar acceder a ese conocimiento pero por decisión propia y no por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo y armarlo” cual un rompecabezas.

b) *¿Es lícito el contrato de alquiler de vientres?* Antes de arribar a una conclusión respecto del interrogante planteado, debemos analizar sí, efectivamente, el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en sentido jurídico.

Para nuestro ordenamiento jurídico, hay contrato cuando “varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (art. 1137, Cód. Civil). Según Diez-Picazo la idea de contrato puede aplicarse para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, más allá de las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud.

Asimismo, el art. 953 del Cód. Civil dispone que “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Dice Zannoni<sup>20</sup> que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez<sup>21</sup> para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el Código Civil de España (art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.

En este acuerdo de objeto ilícito intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo, según el

<sup>20</sup> Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Bs. As., Astrea, 1978, p. 111.

<sup>21</sup> *Las nuevas formas de reproducción humana*, p. 191.



caso); por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

El pacto en cuestión no podrá ser reputado como locación en virtud de que el cuerpo humano o partes del mismo no constituyen una cosa. En este sentido, opinan Medina y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan las autoras, lo que sí es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante<sup>22</sup>.

Si encuadráramos este contrato en la modalidad que lo distingue como una locación de servicios, nos encontraríamos con que, al ser el objeto de la prestación de contenido ilícito, las partes no podrían demandarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni exigirse la restitución del precio pagado (art. 1626, Cód. Civil).

De la misma manera, en caso de verificarse un acuerdo de tipo gratuito, no cabría posibilidad de asimilar esta figura a una locación de ninguna especie, y habríamos de concluir aceptando que estamos frente a un contrato innominado.

Con referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto el alquiler de vientres se encontrare amparado legalmente, la obligación sería de medios y no de resultados y, por tanto, no correspondería responsabilizar al facultativo cuando la implantación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse si el profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance<sup>23</sup>. Desde luego, los galenos habrían de ser susceptibles de responsabilidad por los daños a la salud o fallecimiento de la madre o del niño si la actividad desplegada ha estado signada por impericia o negligencia. Si, por el contrario, la ley hubiese prohibido estos contratos, la sanción en sede penal y administrativa se sumará a la civil inferida al nacido en caso de que este hubiere resultado dañado<sup>24</sup>.

De tal suerte, el contrato de maternidad subrogada se presenta como de estilo innominado, con características muy particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido. Ello es así en aquellos países en los que ésta práctica es aceptada, el contenido del acuerdo implica cláusulas que garantizan, entre otros aspectos, que la portadora no deberá abortar; o que sí deberá hacerlo en caso de verificarse una malformación en el feto. También se establecen, una serie de cuidados y normas de conductas que aquella deberá desempeñar a los efectos de cuidar que el embarazo llegue a buen término y evitar exponer al *nasciturus* a algún daño. El contenido económico contempla una serie de gastos devengados a consecuencia de los cuidados especiales dispensados a la subrogada y, por supuesto, un precio final en retribución por la cesión temporaria del útero y lo propio respecto de la agencia intermediaria.

---

<sup>22</sup> Medina, Graciela - Erades, G., *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*, p. 8.

<sup>23</sup> *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, p. 133.

<sup>24</sup> *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, p. 239.

No debemos olvidar que el corolario o última prestación en el tiempo, aunque primera en importancia, que rige este acuerdo, es la entrega de un niño, objeto por demás ilícito, suficiente de suyo para decretar la nulidad de esta figura contractual, conforme al art. 953 del Cód. Civil.

Para autores como Lledo Yague<sup>25</sup>, la nulidad de este tipo de pactos acarrearía la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado. Otro sector de la doctrina hispana<sup>26</sup> considera que estos contratos contravienen la mas elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

En el ámbito de la doctrina nacional, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1989) se manifestó que: “la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”. Gustavo Bossert, en cambio, admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente<sup>27</sup>.

En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes, y Kaller de Orchansky, afirmaron que “la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio”. En sentido opuesto, Nuñez, Noutel, Pereira, Tanski, Lombardi, López Cabana, Loyarte, y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que “este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa fin ilícitos”.

## **6. El derecho “al hijo” y la dignidad existencial**

Afirma Rabinovich-Berkman<sup>28</sup> –refiriéndose a la posible influencia de la vieja cultura latina y del derecho romano en la civilización del siglo XX y, especialmente, en el llamado “derecho al hijo” invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida– que: “el argumento principal que sostiene el derecho de los padres a la fecundación es fundamentalmente genético: no se trata del derecho ‘a tener un hijo’ en sentido amplio, jurídico y psicológico (que podría satisfacerse mediante la adopción), sino de ‘un hijo propio’, entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos”.

Para los antiguos, la función materna en la concepción se reducía a la aportación del recipiente idóneo para llevar a cabo la gestación; el útero cumplía esa función de albergar el contenido de la sustancia biológica; el semen era el único princi-

<sup>25</sup> Lledo Yague, *La genética actual y el derecho de familia*, Revista Tapia, 1987, p. 47.

<sup>26</sup> *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*, p. 68.

<sup>27</sup> Parellada, Carlos, *Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético*, p. 425.

<sup>28</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Bioderechos*, Bs. As., Dunken, 1999, p. 79 y siguientes.

pio activo portador del *sanguis*, de allí que la madre “porta, pero no aporta”. En la sociedad moderna, dicha imagen ha cambiado y se conoce la aportación genética de la mujeres. De ello deriva el hecho de no considerar como función primordial femenina la gestación y, por ello, el derecho de poder gestar hijos fuera de su vientre<sup>29</sup>. Un ejemplo literario lo constituye la obra de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*, publicada en 1949<sup>30</sup>.

También han sido transformados los paradigmas que regían las relaciones entre padres e hijos. En la antigüedad, la autoridad paterna reconocía un derecho de vida y muerte sobre sus descendientes; la institución de la adopción se basaba fundamentalmente en la necesidad de dar “hijos” a los efectos de continuar el culto familiar.

Nuestra realidad social, ha virado el eje de tal perspectiva y, hoy se perfila como primordial el interés superior del menor, plasmado como estructura fundamental que ha de imperar como principio básico de toda legislación al respecto. En este sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos se constituye en modelo esencial que reconoce la protección de la honra y de la dignidad de toda persona (art. 11), como así también, la protección de la vida desde la concepción (art. 1). En consonancia con esta premisa, la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié, en su preámbulo, en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Aceptando la postura que propugna asimilar la concepción a la singamia, es decir, interpretando que a partir del intercambio cromosómico que posibilita la creación de un código genético único y diferente se genera un nuevo ser, concluimos en categorizar y reconocer a la persona por nacer como sujeto de derecho. En base a estas consideraciones, la vida será protegida desde el momento de la concepción sin importar si ésta se ha llevado a cabo en el seno materno o fuera del mismo.

Corolario de esta postura, resulta el reconocimiento de un compuesto de derechos que conforman la dignidad humana: a la identidad genética, a la propiedad del patrimonio genético, a la determinación de la paternidad y maternidad, a no ser discriminado por no nacido o por enfermo y a la integridad personal<sup>31</sup>, a nacer en el propio tiempo en el que fue gestado, entre otros que coadyuvan al tema que nos ocupa.

El derecho que toda persona tiene de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana (dignidad), constituye, aplicándolo a la maternidad subrogada, la prerrogativa de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres<sup>32</sup>. El mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestable-

<sup>29</sup> *Bioderechos*, p. 80.

<sup>30</sup> Knibiehler, Yvonne, *Historia de las madres y de la maternidad en occidente*, Bs. As., 2001, p. 94.

<sup>31</sup> Conf. Arias de Ronchietto, Catalina, *Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre*, ED, 188-993.

<sup>32</sup> Mc Lean, Leonardo, *Aspectos éticos de la fertilización asistida*, Boletín de la Academia Nacional de Medicina, suplemento dedicado al simposio “Del nacer y del morir”, 1993, p. 27.

ciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer –supuesto de congelamiento del embrión que luego será implantado en la madre sustituta–. Todas estas alternativas que produce la ciencia, influirán, sin dudas, en el desarrollo psico-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad. La libertad del ser ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen en “un modelo para armar”: padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el *nasciturus* ha tenido una relación físico-psicológica) y padres del “deseo”.

## 7. Normativa comparada

a) *Estados Unidos de América*. Algunos de los diversos estados que componen la Unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un tribunal de Michigan se expidió, en el caso “Doe vs. Kelly”, negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el procurador general de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

En el resonado caso de “Baby M.”, el Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infringente de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, porque la misma –que concluye con los derechos materno-filiales– se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y sólo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.

b) *Reino Unido de Gran Bretaña*. El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

En 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

c) *Francia*. El “Comité National d’ Ethique” ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

d) *Suecia*. Una ley de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

e) *Australia*. La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.

f) *Alemania*. El ministro federal de justicia y el ministro federal de investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización *in vitro*. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el *nasciturus*. En este sentido, según lo explican J. M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstención de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización.

Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

g) *Holanda*. En este país el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y, si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.

h) *España*. En la madre patria rige al respecto la ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.

i) *Brasil*. En el país hermano no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII (sobre la gestación de sustitución –donación temporaria de útero–) que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, § 4 de la Constitución

Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad<sup>33</sup>.

## 8. A modo de conclusión

Resulta paradójico justificar la aceptación del alquiler de vientres en aras de posibilitar la paternidad genética, olvidando que quienes se hallan involucradas son fundamentalmente personas. No sólo debemos considerar al no nacido sino, además, a la portadora. Para esta última, ¿no habrá acaso una mínima referencia a sus derechos: su consentimiento habrá sido otorgado libremente, o el aspecto económico y su posición social habrán determinado de algún modo su decisión? ¿Acaso esta mujer no siente; es sencillo gestar un niño y no vincularse sentimentalmente a él? ¿Qué repercusiones psicológicas padecerá cuando deba desprenderse del fruto de su gestación?

Una breve introspección en el campo de la psicología nos indica que en el momento en que el embrión precise transformarse en feto, habrá de “trabajar” con el cuerpo que lo contiene y acoge, para generar entre ambos la placenta y las membranas fetales. De tal suerte se establecerá entre ambos una comunión basada en el esfuerzo del feto dirigido a desarrollarse y la colaboración de quien proporciona su vientre y alimenta este desarrollo.

Este proceso no será indiferente en cuanto al aspecto psíquico de ambos seres; de hecho el ser humano en su calidad de tal se perfila como un compuesto de cuerpo y mente, desplegados paulatinamente desde los orígenes de la persona. En este sentido, la identidad se integra en una doble vertiente, por un lado, como identidad genotípica (herencia genética) y, por otro, como identidad hábitat (paratipo: ambiente que permite desarrollar unos genes u otros)<sup>34</sup>.

Desde luego también es importante el hecho del amamantamiento, del cual, es probable que el niño sea privado.

La importancia de los derechos a considerar reclaman la necesidad de poner coto a los avances científicos si de ellos resulta el avasallamiento de la persona. Como ha sido adelantado en los párrafos anteriores, debemos concluir afirmando que la maternidad por sustitución importa una falta a la dignidad de la persona por nacer en cuanto conlleva un quebrantamiento a la libertad del individuo de “ser” y “existir” de acuerdo a un orden natural dado (presupuesto hereditario, estructuras innatas, etc.), libre de injerencias que hayan predeterminado su no identidad (si no puede establecerse su origen genético), su derecho a ser traído al mundo por su madre biológica, a no ser separado de quien lo gestó. De este modo, el sujeto deviene en “objeto” de experimentación y fabricación, sin consideraciones que contemplen su estructura psico-emocional, espiritual y volitiva; reduciéndolo a un simple “resultado” cuya teleología apunta a satisfacer un deseo ajeno.

El ordenamiento jurídico no deberá reducir su cometido al mero rechazo de esta práctica sino que, además habrá de contemplar la situación dada ante el hecho

---

<sup>33</sup> *Reproducao assistida: ¿Até onde podemos chegar?*, p. 48.

<sup>34</sup> Loyarte, Dolores - Rotonda, Adriana, *Procreación humana artificial: un desafío genético*, Bs. As., 1995. p. 417.

consumado. En efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en un status jurídico familiar y hacia ese norte habrá de dirigir el legislador toda su ciencia y sabiduría con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior del menor, pero al mismo tiempo, evitando caer en la hipocresía de convalidar tácitamente esta práctica si la madre portadora renuncia al niño y este es otorgado en adopción al matrimonio comitente.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

