

Filiación adoptiva y subrogación de vientres

Al Dr. Hugo O.M. Obiglio (1934-2019), in memoriam...

Publicado en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XLVII-2020, segunda parte.

Silvia Marrama¹

1. Introducción

El Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sufrió una gran pérdida al fallecer su fundador, el Dr. Hugo O.M. Obiglio, a quien escuché disertar por primera vez en 1991 en la Fundación Centro Cultural Universitario presidida por el Dr. Eduardo M. Quintana. Aquella conferencia, referida a los aspectos bioéticos de la fecundación artificial, marcó gran parte de mi vida académica. Este artículo pretende ser un humilde homenaje a su memoria, y un agradecimiento póstumo por habernos permitido a tantos enanos, pararnos sobre sus hombros de gigante².

Su postura como Médico y Profesor de Ética médica, frente a las técnicas de fecundación artificial -denominadas por la ley nacional N° 26.862 “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (TRHA)-, fue siempre clara y lúcida, y la defendió con coraje en los múltiples organismos internacionales que integró³: *“Nuestra sociedad camina hoy presionando al equipo de salud para que cambie su ayuda a la vida, convirtiéndolo en un verdugo de la misma. Este concepto se hace fuerte y sobrepasa al tema de la eutanasia, al abordar la investigación científica y tecnológica en estos últimos años el campo de la reproducción humana. No olvidemos que la fecundación in vitro o procreación artificial ha abierto las puertas a una necrofilia que asume el derecho a descartar vidas humanas por considerarlas imperfectas, que asume el derecho de congelar vidas humanas como reaseguro a las fallas ocurridas en la procreación artificial o también para disponer de material humano cuando se lo crea conveniente. De desviar la mirada frente a los riesgos de una poliovolución y a la “reducción embrional” como un eufemismo más que esconde al aborto en los embarazos múltiples no deseados. La fecundación in vitro abrió el camino a la manipulación genética cuya*

¹ Filiación institucional: Silvia Estela Marrama, Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA), CABA, Argentina. silviaemarrama@uca.edu.ar. La autora es Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>

² Paráfrasis de la célebre cita de Juan de Salisbury, en la cual recoge la sentencia de su maestro Bernardo de Chartres: “Decía Bernardo de Chartres que nosotros somos como enanos montados a hombros de gigantes, para que podamos ver más cosas y más lejanas que ellos, no ciertamente porque tengamos una vista más aguda, ni un cuerpo más elevado, sino porque somos transportados y elevados a lo alto de una estatura gigantesca”. Salisbury, Juan de, *Metalogicus*, III, 4, en Saresberiensis, Ioannis, *Policraticus sive De nugis Curialium, et vestigiis Philosophorum*, libri octo. Accedit huic editioni eiusdem *Metalogicus*, Ex Officina Ioannis Maire, Lugduni Batavorum, CID IDC XXXIX [1639], libro III, capítulo 4, pp. 855-856. Cit. por Orrego, Cristóbal. *Filosofía: conceptos fundamentales. Una nueva introducción al pensamiento crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Serie Doctrina Jurídica, N° 902. México, 2020. Pág. 19, nota 25.

³ Una breve reseña de su trayectoria académica puede leerse en: <https://www.ancmyp.org.ar/contenido.asp?id=971> [Fecha de consulta: 12.11.2020]

biotecnología sorprendente sobrepasa la terapia génica, la clonación y la terapia de las células estaminales; permitiendo por un lado la selección del sexo, dando muerte al embrión no deseado. Y en una esquizofrenia incomprensible va en búsqueda, a través de la terapia, de las células somáticas a la producción de neotejidos que permitan abordar el tratamiento de enfermedades como el Alzheimer, el Parkinson, la diabetes, la enfermedad fibroquística etc.. Hablamos aquí de una cultura de la muerte que toca a las nuevas técnicas de reproducción humana, de manipulación embrionaria y de ingeniería genética”⁴.

En este artículo me referiré en particular a la práctica de la subrogación de vientres, y a la pretensión de una parte de la doctrina nacional y extranjera, de equipararla al instituto de la adopción. Para ello tomaré los argumentos de equiparación que se encuentran desarrollados en una tesis doctoral defendida en la *Université de Bourgogne* en 2014⁵.

2. Adopción y subrogación de vientres como filiaciones electivas

La referida tesis doctoral, titulada “La autonomía de la voluntad en las filiaciones electivas”⁶, pretende equiparar la maternidad subrogada y la filiación por adopción, englobando ambas como especie del género “filiaciones electivas”.

La tesista Marion Meilhac-Perri sostiene que no existe una definición jurídica de filiación electiva sino que el derecho solo reconoce el concepto de filiación, entendido como un vínculo que une a una persona con su madre o padre y establece relaciones parentales entre ellos. Sentado ello, construye el concepto de “filiación electiva” a partir de los dos significados del adjetivo calificativo “electivo” en el idioma francés: a) designa lo que se elige, y b) designa lo que se elige por elección -siendo el término elección tomado en sentido amplio, como el hecho de elegir-. De ello colige erróneamente la tesista que, *a priori*, estos significados no añaden nada nuevo a la filiación, ya que la idea de elección no le resulta ajena, en particular teniendo en cuenta los métodos anticonceptivos y el aborto. Por ello, resuelve arbitrariamente establecer que “*La particularidad de la filiación electiva es que se basa en la idea de que quien quiere ser madre legal no es la mujer que da a luz. Esto excluye las filiaciones biológicas, pero también las filiaciones resultantes del recurso a la procreación asistida médicamente. Se trata de la adopción y la subrogación, también conocida como maternidad subrogada*”⁷.

Múltiples errores contienen los argumentos de la tesista. Entre ellos, el atribuir exclusivamente a la subrogación de vientres y a la filiación adoptiva el adjetivo “electivo”, relacionándolo discrecional y exclusivamente con la “maternidad legal no biológica”, y excluir arbitrariamente su uso respecto de la filiación biológica y de la filiación por TRHA.

En primer lugar, cabe recordar que la subrogación de vientres es inescindible de alguna TRHA para su concreción, por lo tanto, el adjetivo “electivo” calificaría a ambas, aunque sólo en apariencia -noción que se explica en el siguiente párrafo-.

En segundo lugar, la tesista afirma que la filiación biológica es electiva en sentido amplio respecto de los métodos anticonceptivos y el aborto. Cabe especificar que en esos casos resulta

⁴ Obiglio, H. O. M., La vida humana: un valor depreciado. En Obiglio, H. O. M.; Mc Lean, L.; Rodríguez Varela, A.; Badeni, G.. El “derecho humano a la vida”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires, 2006. Pág. 5-30. Disponible en: https://www.ancmyp.org.ar/user/files/El_derecho_humano.pdf [Fecha de consulta: 09.11.2020]

⁵ Meilhac-Perri, M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffnNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés.

⁶ Meilhac-Perri, M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffnNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés.

⁷ Meilhac-Perri, M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffnNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 2.

electiva sólo en apariencia. En efecto, todo el que obra -todo el que elige, en este caso de las filiaciones biológicas-, lo hace por un fin, que tiene razón de bien, real o aparente. Los bienes aparentes son aquellos que aparecen como valiosos ante quien los escoge, pero que en realidad son disvaliosos “en función del bien íntegro de su naturaleza y de su personalidad”⁸. Entonces la filiación biológica sólo resulta realmente electiva en el siguiente sentido: el ser humano, capaz de conocer sus ciclos reproductivos, puede tomar una decisión responsable respecto de engendrar o no hijos⁹.

En tercer lugar, es erróneo atribuir como género de la filiación adoptiva el de “filiación electiva”, dado que ello implica correr la mirada del niño, que es el centro y fundamento de la adopción, y ponerla en los adultos, que “eligen”. Este error se corresponde con una cosmovisión arcaica, superada por la evolución histórica del instituto de la adopción. *“El instituto de la adopción ha sufrido, desde un punto de vista de su finalidad, un cambio fundamental a través del tiempo, adquiriendo en la actualidad papel preponderante el interés del adoptado. La anterior finalidad de dar un hijo a quien no lo tiene ha sido sustituida por la de dar una familia a quien carece de ella”*¹⁰. Lo primordial en la filiación adoptiva es el interés superior del niño, si bien a la par puede -en algunos casos, dado que la posibilidad de adoptar no se limita, al menos en el derecho argentino, a las personas estériles- posibilitar a quienes no pueden ser padres biológicamente, serlo legalmente. Arias de Ronchietto enseña que la filiación por adopción es una institución del derecho de familia que tiene como finalidad emplazar al niño en grave desamparo en un vínculo paterno-filial y familiar análogo al de origen biogénico; de aplicación extraordinaria, subsidiaria y específica¹¹.

Otro error grave de la tesis es equiparar la filiación adoptiva con la subrogación de vientres. El punto de partida de la adopción es *“la soledad existencial del menor de edad huérfano, sin filiación acreditada, en grave abandono o inicuo maltrato familiar; del niño o adolescente librado, en suma, a su infortunio, durante el tiempo en el que en su vida personal, su necesidad de amor y de cuidados, de pertenencia espiritual a un mundo de vínculos psico-afectivos profundos, la que es indicio cierto de nuestra humana condición de criaturas”*¹². Por lo tanto, la lógica de la adopción es la protección de los niños, mientras que la lógica de las TRHA -entre las cuales entiendo comprendida a la subrogación de vientres- es la satisfacción del deseo de los adultos, en pos del cual la “Medicina del Deseo” convierte al paciente infértil en cliente, tal como enseñaba magistralmente el Dr. Obiglio¹³.

⁸ Lamas, F.A.. 215). La estructura del orden moral: una introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista. Revista Prudentia Iuris N° 79. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estructura-orden-moral-etica.pdf> [Fecha de consulta: 12/11/2020]. Pág. 66.

⁹ De hecho, existen diversos métodos llamados “naturales” de regulación de la fertilidad, que son instrumentos para medir los días fértiles del ciclo menstrual en la mujer, v.gr. métodos Billings, Creighton, Sintotérmico. Cfr. Marrama, S.. 2017. Alternativas médicas a la fecundación artificial: Naprotecnología. En Revista Familia y Vida N° 87, junio de 2017.

¹⁰ Cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, Revista El Derecho 137-435. Cit. por Sambrizzi, E. A.. 2010. Tratado de derecho de familia. Buenos Aires: Edit. La Ley. Tomo VI, pág. 662-663.

¹¹ Cfr. Arias de Ronchietto, C. E.. 2008. Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción. Prudentia iuris, ISSN 0326-2774, ISSN-e 2524-9525, N°. 64-65, 2008, págs. 151-160.

De entre las múltiples obras de la autora sobre el tema, cfr. 1981. Naturaleza del vínculo adoptivo. Su dignidad. Buenos Aires: E.D, 93, N° 5240, UCA.

1982. Orden familiar y adopción. AA.VV. La Doctrina Social de la Iglesia y la Realidad Contemporánea. Mendoza: Idearium, Universidad de Mendoza.

1997. La Adopción. Prólogo de Guillermo A. Borda. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2008. 1ª reimpresión, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2010. El requisito de inscripción registral contribuye a erradicar el delito del tráfico de niños y combate rémoras abusivas: "guardas de hecho" y "entregas directas" De lege ferenda: su inclusión expresa en el art. 315 del Código Civil. Revista El Derecho Legislación Argentina, [2010] - (15/04/2010, nro 1).

2011. Identidad personal, filiación y parentesco por adopción plena. Su configurante y recíproca realidad personal, social y jurídica. Revista El Derecho Tomo 244, pág. 771.

¹² Cfr. Arias de Ronchietto, C. E.. 2008. Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción. Prudentia iuris, ISSN 0326-2774, ISSN-e 2524-9525, N°. 64-65, 2008, pág. 156.

¹³ Obiglio, H.O.M.. 2014. Un expectante enfoque médico: la medicina del deseo. Comunicación del

Por otra parte, es errónea la equiparación señalada en el párrafo anterior dado que, mientras que el instituto de la adopción tiende a reparar derechos vulnerados, las TRHA vulneran derechos¹⁴. La primera afirmación se funda en la definición legal de adopción (cfr. art. 594 del Código Civil argentino) como institución jurídica cuyo objeto es proteger el derecho de los niños a vivir en una familia, cuando no puede hacerlo en su familia de origen. Agrega el art. 595 del mismo Código que la adopción se rige por el interés superior del niño y el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, entre otros principios que no se respetan en la subrogación de vientres. Respecto de la afirmación sobre la violación de derechos ínsita en las TRHA, baste recordar la denuncia de cosificación del embrión humano, contraria a su dignidad intrínseca, realizada por el Dr. Obiglio en ocasión de la sanción de la ley nacional N° 26.862 de cobertura integral de las TRHA¹⁵.

Es errónea asimismo la equiparación de la filiación adoptiva a la subrogación de vientres en cuanto a la supervisión del Estado. La tesista afirma: *“Cuanto más se aleja la filiación de la realidad biológica, más la organiza el legislador para asegurar la capacidad de acogida de los candidatos, control que se realiza mediante un procedimiento de aprobación. El papel de este procedimiento es también velar por los intereses de las partes, ya sea el niño o los futuros adoptantes, para evitar*

académico de número Hugo O. M. Obiglio, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02Obiglio14.pdf> [Fecha de consulta: 09.11.2020].

¹⁴ El desarrollo de la afirmación sobre la vulneración de derechos en las TRHA puede leerse en: Marrama, S.. 2012. Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos. Paraná: Editorial Dictum -Colección “Doctrina. 580 páginas. ISBN 978-987-26865-2-9. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248.

2014. Fecundación in vitro y encarnizamiento terapéutico (coautora). Prólogo del Dr. Abel Albino. Dir. Chiesa, Pedro José María. Santa Fe: Editorial LOGOS. 172 páginas. ISBN 978-987-33-5976-7.

2019. Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres, Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2422-7188 / Vol. 9, No. 2, p. 271-289. <https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/178>

2019. El acceso a la justicia de la persona por nacer que existe fuera del útero materno. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XLVI. Parte II. <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/3-%20MARRAMA.pdf>

2014. Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la Ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XVI Parte II. <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Marrama.I.14.pdf>

2019. In dubio, contra homine. elDial.com - DC2791. http://www.eldial.com/NUEVO/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=12206&t=d

2019. Análisis del proyecto de ley de protección de embriones no implantados. El Derecho Tomo 282; N° 14.616. 25/04/2019.

2017. La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley 5700-D-2016, Revista Derecho de Familia y de las Personas. Edit. Thomson Reuters. 2017 (agosto), 226. Cita online: AR/DOC/1798/2017.

2017. Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma, Revista Derecho de Familia y de las Personas. Edit. Thomson Reuters. 2017 (mayo), 76. Cita online: AR/DOC/997/2017

2015. El paradigma protectorio de las personas con discapacidad, Revista Derecho de Familia y de las Personas. Edit. Thomson Reuters. 2015 (octubre), 224. Cita online: AR/DOC/3195/2015

2014. La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de 'inclusión social' discriminatoria, MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-jun-2014.

2016. Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga, El Derecho 270-387.

Entre otros.

¹⁵ Obiglio, H.O.M.. 2014. Un expectante enfoque médico: la medicina del deseo. Comunicación del académico de número Hugo O. M. Obiglio, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02Obiglio14.pdf> [Fecha de consulta: 09.11.2020].

cualquier falla de filiación”¹⁶, pero ello es solamente aplicable al instituto de la adopción. En efecto, la adopción reviste carácter institucional porque se origina y perfecciona ante un organismo estatal competente y conforme a un procedimiento que garantice el debido proceso.

Dado que, ni en Francia ni en Argentina la subrogación de vientres se encuentra regulada legalmente, su práctica no se encuentra supervisada por el Estado.

En Argentina, fue excluida expresamente por el legislador al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. antecedentes parlamentarios¹⁷), exclusión que debe interpretarse, conforme al derecho positivo vigente, como prohibición¹⁸.

En Francia, la subrogación de vientres fue prohibida expresamente por la Ley N° 94-653 del 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, cuyo artículo 3 introdujo en el Código Civil un nuevo artículo 16-7, según el cual “toda convención relativa a la procreación o gestación en nombre de otro es nula”¹⁹. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por unanimidad, declaró inadmisibles a fines de 2019 las solicitudes en los casos “C y E v. Francia” (solicitudes N° 1462/18 y 17348/18) por defecto manifiesto de fundamentación. Ambos casos se refieren a la negativa de las autoridades francesas de transcribir en los Registros del Estado Civil francés la totalidad de los certificados de nacimiento de niños nacidos en el extranjero mediante subrogación de vientres, concebidos extracorpóreamente con gametos del “padre de intención”, y de una tercera donante. En particular, la negativa de las autoridades francesas se refiere a la inscripción de la “madre de intención” como madre legal. Al respecto, el Tribunal afirmó claramente que tal negativa no es desproporcionada en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Cabe destacar que esta decisión del Tribunal Europeo es final²⁰.

La tesista pretende salvar la falta de supervisión estatal de la práctica de la subrogación de vientres en Francia en la segunda parte de su tesis²¹. Con fundamento en la errónea equiparación del instituto de la adopción con la práctica de la subrogación de vientres, plantea que, ante la internacionalización de ambas “filiaciones electivas”, el recurso a un instrumento internacional parece la solución más adecuada para los acuerdos de maternidad subrogada, dado que es lo que se ha hecho para evitar los abusos con respecto a la adopción internacional, a través de la Convención

¹⁶ Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 2.

¹⁷ Antecedentes parlamentarios citados en Marrama, S.. 2017. Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma. Revista Derecho de Familia y de las Personas. Mayo 2017, N° 76. Edit. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/997/2017; y en Marrama, S. et al. 2016. Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015”. Revista El Derecho, 20/05/2016, N° 13.961, Tomo 267, pág. 871.

¹⁸ Cfr. Marrama, S.. 2018. Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Artículo evaluado mediante sistema de referato doble ciego. Revista RYD República y Derecho /ISSN-L 2525-1937. Volumen III (2018). Artículos. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. Recibido: 15/12/2017. Aceptado: 10/03/2018. Disponible en: <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/107> [Fecha de consulta: 18.10.2020].

¹⁹ Ley N° 94-653, 29.07.1994 relativa al respeto del cuerpo humano, artículo 3. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006419302/1994-07-30> [Fecha de consulta: 09.11.2020]. Traducción propia del francés.

²⁰ Los casos se analizan en Marrama, S.. 2020. Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada. Revista de Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética de la editorial Erreius. Febrero 2020.

²¹ La segunda parte de la tesis se denomina “El encuadramiento jurídico de la autonomía de la voluntad en las filiations electivas”. El Título 1: “La calificación de las filiations electivas bajo la mirada del derecho internacional privado”, comprende el Capítulo 1 referido a “La adopción, una aproximación fundada en el niño”, y el 2 que se refiere a “La gestación por otro, una aproximación contractual”. Cfr. Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés.

de la Haya, del 29 de Mayo de 1993, relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. A la par, promueve la legalización de la práctica en Francia, “*a fin de supervisarla mejor*”. “*Así, los fenómenos de contractualización e internacionalización de las filiaciones electivas requieren una calificación con respecto al derecho internacional privado para desarrollar un marco legal (Título 1). La adopción de herramientas internacionales limitará los riesgos de fracaso de las filiaciones electivas al estudiar la regularidad de la filiación, pero también asegurará un estatus legal estable para el niño víctima del fracaso de la relación familiar (Título 2)*”²².

De este modo, incurre en el error de considerar que necesariamente, por el hecho de existir la práctica de la subrogación de vientres, ésta debe ser permitida y regulada legalmente por el Estado y por la comunidad internacional: “*el desarrollo de un instrumento internacional es una necesidad en vista de la internacionalización de la práctica de la maternidad subrogada y sus desviaciones*”²³. Baste recordar al respecto las sabias palabras del Dr. Obiglio: resulta equivocado “*el considerar conductas como moralmente aceptables, porque la mayoría de las personas obran así*”, y el hecho de que “*los cambios culturales y el progreso científico pautan hoy nuestra vida moral*”. “*Qué difícil me resulta llamar progreso a una medida que favorece lo inhumano debilitando los valores morales que sustenta la convivencia humana*”. “*La inmensa mayoría de las decisiones éticas, responden a un individualismo y subjetivismo dominante*”. Sin embargo, “*nuestro punto de partida no puede ser otro, para toda conciencia recta, que el de la sagrada dignidad del hombre y el valor supremo de su vida*”²⁴.

La sucesión de los errores señalados desemboca en el último que consideraré en este trabajo: la admisión del contrato como fuente de filiación. En efecto, si bien reconoce la tesista que el interés superior del niño y su protección es la base de la Convención de La Haya (que promueve la cooperación entre Estados -el país de origen y el país de recepción del niño adoptado- para garantizar que se respeten los principios y derechos de estos niños), yerra gravemente al tolerar que la subrogación de vientres no se funde en aquel principio sino en los principios contractuales, con la siguiente cosificación de la gestante y del niño: “*Así, mientras que para la adopción se ha favorecido un enfoque basado en el niño (Capítulo 1), dada la forma contractual de los acuerdos de maternidad subrogada, el establecimiento de un instrumento internacional quizás debería ser estar basado en contratos (Capítulo 2)*”²⁵.

Este último yerro, a mi juicio el más grave, exige a la tesista aplicar a la subrogación de vientres la lógica de los contratos, cuyo principio rector es la autonomía de la voluntad: “*El contrato de gestación para terceros es un contrato empresarial. Cuando se celebra entre dos nacionales de un mismo Estado, la elección de la ley aplicable no plantea ningún problema. En materia contractual, el principio es la ley de autonomía y ante la falta de elección de las partes, el juez aplica las normas del derecho contractual del país de donde proceden*”. Dado que, por aplicación de la lógica contractual a la subrogación de vientres, rige la autonomía de la voluntad, la preocupación de la tesista se reduce, en los contratos internacionales de subrogación de vientres, a determinar la ley aplicable:

²² Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 267-268.

²³ Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 299.

²⁴ Obiglio, H.O.M.. 2006. La vida humana: un valor depreciado. En Obiglio, H. O. M.; Mc Lean, L.; Rodríguez Varela, A.; Badeni, G.. El “derecho humano a la vida”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires, 2006. Pág. 5-30. Disponible en: https://www.ancmyp.org.ar/user/files/El_derecho_humano.pdf [Fecha de consulta: 09.11.2020]

²⁵ Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 271 y 286.

*“cuando el acuerdo se convierte en internacional, se plantea la cuestión de la ley aplicable, sobre todo porque se trata de contratos relacionados con filiaciones. Por tanto, parece difícil imaginar que la determinación de la ley aplicable al contrato deba dejarse a elección de las partes. La solución sería entonces determinar la ley aplicable sobre la base del objeto del contrato o el lugar de celebración del contrato”*²⁶.

Este aspecto contractual muestra la inconsistencia de la pretendida equiparación de la subrogación de vientres a la filiación adoptiva. La lógica contractual referida a la filiación adoptiva *“es un absurdo; la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad no podrían estar más lejos de su sentido”*²⁷. Arias de Ronchietto explicaba en 2008 que: *“a) es fundamental erradicar, prohibiéndolos, los acuerdos entre la progenitora y los futuros adoptantes, pactados a veces durante la propia gestación, con o sin la participación de intermediarios de mejor o peor pero siempre errada voluntad, con o sin dinero por medio; en sí misma, la conducta es un agravio al niño y a la dignidad de todos los adultos implicados, aun en el caso de que el origen del acuerdo sea el haber guiado a la progenitora para evitar un aborto. En ese caso, corresponde informarle sobre la posibilidad de la entrega del hijo en adopción, acompañarla al juzgado y subrayarle que recién decidirá cuando el hijo nazca; y b) prohibir también, como advertencia legal y con el fin de desalentar su práctica (función docente de la ley), las endémicas guardas “de hecho” con fines adoptivos. Es fundamental comprender que integra la esencial dignidad del vínculo filiatorio y familiar adoptivo el absoluto desconocimiento recíproco de los progenitores y de los padres adoptantes; todo lo cual también garantiza el libre consentimiento de los progenitores ante el juez. La ley también deberá prohibir la intermediación de terceros conocidos por ambos; a su vez, las instituciones que cooperan con la implementación de la adopción también deberán ser cuidadosas de la aplicación de este principio y responsables de su violación... Por similares razones, la ley deberá prohibir la denominada “adopción abierta”, práctica que pretende la impensable superposición de pretensas figuras parentales, el trato como tales entre los progenitores y los padres adoptantes”*²⁸. En consecuencia, el Código Civil y Comercial, vigente desde 2015, establece: *“Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador...”* (cfr. art. 611).

3. Conclusión.

En esta nueva era de filiaciones “electivas”, la filiación adoptiva ha perdido interés académico, tal como lo demuestran la escasez de artículos jurídicos publicados en la materia en comparación con las numerosas publicaciones referidas a las técnicas de fecundación artificial y sus prácticas conexas, entre ellas, la subrogación de vientres. Sin embargo, el instituto de la adopción no ha perdido interés social, tal como lo evidencian las largas listas de espera de pretensos adoptantes inscriptos en los registros correspondientes²⁹.

²⁶ Meilhac-Perri. M. 02.12.2014. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, Français. ffNNT: 2014DIJOD011ff. fftel-01333266f. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266/document> [Fecha de consulta: 09.11.2020] Traducción propia del francés. Pág. 300.

²⁷ Arias de Ronchietto, C. E.. 1997. La adopción. Prólogo de Guillermo A. Borda. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Pág. 56.

²⁸ Cfr. Arias de Ronchietto, C. E.. 2008. Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción. Prudentia iuris, ISSN 0326-2774, ISSN-e 2524-9525, N°. 64-65, 2008, pág. 158-159.

²⁹ Según datos de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos - dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-, en mayo de 2020 existían 3647 postulantes evaluados y con su legajo aprobado para adoptar en todo el país. A ese número cabe agregar una cifra que duplica aquella, de postulantes inscriptos a la espera de su evaluación de idoneidad. En 2019 se concretaron sólo 715 adopciones en el país. Cfr. Cedeira, L.. Adoptar en Argentina. 2020. Qué tan complejo es y cuáles son los requisitos. 18.08.2020. Diario La Nación. Disponible en:

Más allá de la pérdida de interés académico -salvo honrosas excepciones-, la institución de la adopción continúa siendo la forma más importante de protección familiar de los niños sin cuidado parental y más tuitiva de sus derechos.

Espero que estas breves líneas contribuyan a que los juristas recuerden esta verdad. Y a que los médicos, cuya profesión *“ha estado siempre asociada con el arte de curar, siempre al servicio de la necesidad de recuperar la salud perdida”*, recuerden el llamado de atención lanzado por el Dr. Obiglio, en particular aquellos *“que, por la presión del medio y con experiencia de vida médica han equivocado el camino, poniéndose al servicio del “deseo””*³⁰.

<https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/adoptar-argentina-que-tan-complejo-es-cuales-nid2419219> [Fecha de consulta: 09.11.2020]

³⁰ Obiglio, H.O.M.. 2014. Un expectante enfoque médico: la medicina del deseo. Comunicación del académico de número Hugo O. M. Obiglio, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/02Obiglio14.pdf> [Fecha de consulta: 09.11.2020].