

Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹

Publicado en *Estudios de Derecho Civil*, Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil (Jorge H. Alterini, Director), Sección de Derecho de Familia y Bioderecho (Eduardo A. Sambrizzi, Director), La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 53-80.

1. Introducción

Desde la presentación del proyecto de Código Civil y Comercial (en adelante CCC) en 2012, la maternidad subrogada, también llamada “gestación por sustitución”, ha sido objeto de un intenso debate en la Argentina. La polémica figura había sido regulada en el art. 562 del proyecto. Sin embargo, luego de recibir importantes críticas, la ley 26994 de aprobación del CCC finalmente excluyó esta posibilidad y estableció que la maternidad quede determinada por el parto.

Desde la entrada en vigencia del CCC, e incluso con anterioridad, se han sucedido diversos fallos judiciales que han resuelto, de diversas formas, hacer lugar a contratos de maternidad subrogada. En este trabajo nos proponemos comentar esos fallos, procurando una aproximación comparativa que permita advertir las características de la actuación judicial en esta materia.

Hemos elegido los fallos publicados en Revistas Jurídicas y que se dictaron desde la aprobación del Código Civil y Comercial en octubre de 2014, incluso en el período de transición entre la publicación en el Boletín Oficial y la efectiva entrada en vigencia del CCC (1ro. de agosto de 2016)². Como veremos, esos fallos del período de transición ya tuvieron en cuenta el nuevo CCC al momento de decidir. La selección de sentencias también se acota a los casos en los que se resuelven problemas filiatorios³ por maternidad subrogada realizada en Argentina, dejando fuera los casos de personas que viajaron al exterior y pretenden la inscripción en nuestro país de la filiación⁴. Los fallos son los siguientes:

¹ Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Miembro de la Sección de Derecho de Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

² Marisa Herrera y Natalia de la Torre realizan una enumeración de fallos sobre el tema en su artículo: Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”, *La Ley*, 3 de noviembre de 2016, p. 1-6. Ellas incluyen dos fallos inéditos que aquí no analizaremos (Juzgado Nacional en lo Civil nro. 7, Buenos Aires, 15/6/2016, y Juzgado Nacional en lo Civil nro. 4, Buenos Aires, 30/6/2016).

³ Hay un fallo que tuvo por objeto una medida cautelar para incorporación al plan médico (Swiss Medical) de tres hijos en gestación concebidos mediante maternidad subrogada. Dado que la sentencia aclara que “no determina la filiación jurídica de los niños” no la consideramos en este estudio (Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1), C. M. E. y J. R. M. c. O.S.D.E. s/ medidas cautelares, 02/09/2015, LLGran Cuyo2015 (noviembre), 1117, AR/JUR/28442/2015). Esta causa tuvo luego una sentencia por filiación que aquí comentamos (caso Mendoza/Diciembre/2015).

⁴Entre otros, ver Basset, Úrsula Cristina Salaverri, Milagros, “Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño”, *DFyP* 2014 (julio), 14/07/2014, 97, AR/DOC/1820/2014; Medina, Graciela, “Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. la situación en el derecho comparado”, *DFyP* 2012 (septiembre), 01/09/2012, 3, AR/DOC/4369/2012. Entre los estudios generales a favor de la maternidad subrogada: Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* 3/2012, disponible en http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf. Con posiciones más críticas: Ales Uría, Mercedes, “La maternidad determinada por acuerdo de partes”, *ED*, 245-1054; Galli Fiant, María M. “Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra”, *Microjuris*, 11-mar-2013, MJ-DOC-6195-AR | MJD6195. Por nuestra parte, tenemos una posición crítica general respecto a la maternidad subrogada y en general a la intermediación técnica en la procreación: Lafferriere, Jorge Nicolás, Viar, Ludmila, “Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, *La Ley DFyP* 2015 (noviembre), 04/11/2015, 220-227, AR/DOC/3193/2015; Lafferriere, Jorge Nicolás, “Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas”, *LA LEY* 21/12/2015, 21/12/2015, 1, Cita Online:

1. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro7), “XXX s/ maternidad por sustitución”, 02/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, AR/JUR/90178/2014 (en adelante Rosario/Diciembre/2014).
2. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 (JNCiv) (Nro102), “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18/05/2015, LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 - LA LEY2015-C, 522 - RCCyC 2015 (julio), 91 - DFyP 2015 (noviembre), 208, AR/JUR/12711/2015 (en adelante CABA/Mayo/2015).
3. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (JNCiv) (Nro83), “N.N. O s/ inscripción de nacimiento”, 25/06/2015, DFyP 2015 (octubre), 218, AR/JUR/24326/2015 (en adelante CABA/Junio/2015).
4. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1), A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva, 29/07/2015, DFyP 2015 (diciembre), 197, AR/JUR/28597/2015 (en adelante Mendoza/Julio/2015).
5. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1), “C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 04/02/2016, 39, AR/JUR/58729/2015 (en adelante Mendoza/Diciembre/2015).
6. Juzgado de Familia n° 9, Bariloche (JFliaNro9) (Bariloche), “Dato reservado”, 29/12/2015, AR/JUR/78613/2015 (en adelante Bariloche/Diciembre/2015).
7. Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora (JFamiliaLomasdeZamora) (Nro7), “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”, 30/12/2015, LA LEY 02/05/2016 , 6; RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 147 - DFyP 2016 (junio), 131, AR/JUR/78614/2015 (en adelante Lomas de Zamora/Diciembre/2015).
8. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro5), “S. G. G. y otros s/ filiación”, 27/05/2016, LLLitoral 2016 (agosto), 08/08/2016, 2 - DFyP 2016 (octubre), 57, AR/JUR/37971/2016 (en adelante Rosario/Mayo/2016).
9. Juzgado de Familia N° 2 de Moreno (JFliaMoreno) (nro2), “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”, 04/07/2016, La Ley Online, AR/JUR/42506/2016 (en adelante “Moreno/Julio/2016).
10. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 8, “B.B.M. y otro c/G. Y. A. s/Impugnación de filiación, 20/09/2016, Microjuris, MJ-JU-M-100901-AR (en adelante CABA/Septiembre/2016).

En este trabajo no profundizaremos objeciones de carácter general a las técnicas de procreación artificial, denominadas también “técnicas de reproducción humana asistida” (TRHA), ya sea en sí mismas, o en relación a su afectación del derecho a la vida y el derecho a la identidad. y nos remitimos a anteriores artículos. Al respecto, nos permitimos recordar que la maternidad subrogada agrega problemas complejos, porque supone una cierta cosificación tanto de la mujer gestante como del niño. A lo largo de este texto esperamos dar algunas mayores precisiones sobre estos problemas jurídicos propios de la maternidad subrogada.

Igualmente, el trabajo tampoco analizará de forma sistemática el CCC en torno a la maternidad subrogada. Al respecto, el nuevo CCyC señala que el hijo nacido por TRHA debe ser inscripto como hijo de quien dio a luz (art. 562). Es decir, el CCyC no introdujo la figura de la gestación por sustitución y expresamente prohibió que haya acciones de filiación en las TRHA. Aída Kemelmajer

de Carlucci, integrante de la Comisión Redactora en artículo explicativo de los alcances de la reforma, señala: "El Anteproyecto preveía la gestación por sustitución... Lamentablemente, la figura fue eliminada en una de las tantas modificaciones operadas en el camino a las que se hizo mención al comenzar este trabajo"⁵. Sin embargo, tal eliminación no significó que no se realicen contratos de maternidad subrogada, incluso con el aval de algunos jueces. Justamente estas situaciones son las que han dado lugar a las reflexiones que aquí proponemos.

Para nuestra tarea, estructuraremos este escrito en dos partes. Inicialmente presentaremos las fichas técnicas de los distintos fallos, a modo de sistematización de la información. En una segunda parte, nuestro estudio se dirigirá a las cuestiones jurídicas implicadas y formularemos una valoración crítica.

2. Fichas técnicas de las sentencias de maternidad subrogada

En este apartado nos proponemos sistematizar las circunstancias de hecho y de derecho que configuran las distintas sentencias que estamos analizando, según los siguientes ítems: tribunal, expediente, fecha de la sentencia, objeto de la demanda, fecha de nacimiento, requirentes, gestante, dadores de gametos, intervención de otros familiares y la intermediación técnica en la procreación.

A continuación presentamos las fichas técnicas de los casos.

1. Caso: Rosario/Diciembre/2014

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro7)

Expediente: "XXX s/ maternidad por sustitución"

Fecha de la sentencia: 02/12/2014.

Objeto: El expediente se caratula "maternidad por sustitución" y tiene por objeto tramitar una "autorización judicial" para realizar la transferencia de embriones a una mujer para que los entregue a los requirentes luego de nacer y se los inscriba como padres.

Fecha de nacimiento: El fallo es previo a la transferencia de embriones.

Requirentes: Matrimonio de varón y mujer. La mujer padece endometriosis y pasó por numerosas técnicas de baja y alta complejidad para lograr un embarazo, sin éxito. Finalmente, sufrió una histerectomía total.

Gestante: Una mujer que conocieron en la Misa del P. Ignacio se ofreció a llevar adelante el embarazo y entregar el bebé al nacer. Manifiesta estar absolutamente informada de lo que va a realizar. Expresa que no recibió retribución económica y que lo hace por un acto de amor al matrimonio. No se ha sometido a otro proceso de maternidad subrogada. Acordaron pagarle la cobertura de la obra social, alimentación y obtención de cremas para el cuidado de la piel.

Dadores de gametos: Los gametos provienen de los requirentes de la técnica.

Otros familiares: La gestante tiene una hija.

Intermediación técnica: Luego de infructuosos, invasivos y numerosos tratamientos de alta y baja complejidad, la mujer tuvo unas complicaciones que terminaron en una histerectomía. Existen seis embriones congelados y se solicita la subrogación de vientre.

⁵Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley, 8/10/2014, AÑO LXXVIII, N° 190, p. 1.

2. Caso: CABA/Mayo/2015

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 (JNCiv) (Nro102)

Expediente: “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”.

Fecha de la sentencia: 18/05/2015.

Objeto: Acción de impugnación de maternidad y emplazamiento de maternidad.

Fecha de nacimiento: 10 de marzo de 2014.

Requirentes: Varón y Mujer. La mujer no puede quedar embarazada. Hicieron averiguaciones para maternidad subrogada en EEUU e India, pero los costos tan elevados le eran imposibles de afrontar.

Gestante: La gestante es la niñera de un sobrino del varón requirente, que mantenía “un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio”. Se allanó a la acción y reconoce haber colaborado en forma libre y espontánea en la gestación de la niña.

Dadores de gametos: Los requirentes de la técnica.

Otros familiares: La gestante tiene hijos que viven en Perú y que fueron consultados.

Intermediación técnica: El 26 de junio de 2013 se utilizó FIV y se transfirió el embrión. Intervino Fecunditas, Medicina Reproductiva de Alta Complejidad.

3. Caso: CABA/Junio/2015

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 (JNCiv) (Nro83)

Expediente: “N.N. O s/ inscripción de nacimiento”.

Fecha de la sentencia: 25/06/2015.

Objeto: Inscripción del nacimiento de una niña dada a luz por una mujer que actuó como subrogante.

Fecha de nacimiento: 7 de agosto de 2014.

Requirentes: Un varón y una mujer que ha sufrido una histerectomía por parto, lo que significa la “imposibilidad de volver a ser madre”.

Gestante: Una mujer que prestó consentimiento informado.

Dadores de gametos: Los requirentes de la técnica.

Otros familiares: La mujer requirente tuvo un parto anterior y se afirma que ese hijo estaría de acuerdo con la gestación.

Intermediación técnica: Nacimiento en el Sanatorio Maternidad Suizo Argentina.

4. Caso: Mendoza/Julio/2015

Tribunal: Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1)

Expediente: “A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva”.

Fecha de la sentencia: 29/07/2015.

Objeto: Acción declarativa de certeza para determinar la filiación del recién nacido.

Fecha de nacimiento: Un varón nacido el 9 de enero de 2015.

Requirentes: Varón y mujer. La mujer sufrió una histerectomía subtotal de útero, pero conserva sus óvulos.

Gestante: Mujer mayor de edad, con dos hijos propios, que se interesó por “motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos”. Los contactó “investigando en internet y consultando a distintos profesionales”. Señala el fallo que actúa “en forma altruista y gratuita”.

Dadores de gametos: Los requirentes de la técnica.

Otros familiares: -

Intermediación técnica: Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”. Suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014 estableciendo obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

5. Caso: Mendoza/Diciembre/2015

Tribunal: Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1)

Expediente: “C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento”

Fecha de la sentencia: 15/12/2015.

Objeto: Acción declarativa de certeza tendiente a determinar la filiación materna y paterna de tres niños nacidos en el marco de una maternidad subrogada.

Fecha de nacimiento: Tres niños de sexo masculino, nacidos el 9 de marzo de 2015.

Requirentes: Varón sin problemas de fertilidad. Mujer que sufrió histerectomía de útero, pero conserva sus óvulos.

Gestante: Madre de la mujer. Interviene en forma altruista y gratuita.

Dadores de gametos: Los requirentes de la técnica.

Otros familiares: -

Intermediación técnica: Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”. Los requirentes se sometieron a FIV con gametos de los requirentes y se implantaron tres embriones.

6. Caso: Bariloche/Diciembre/2015

Tribunal: Juzgado de Familia n° 9, Bariloche (JFliaNro9) (Bariloche)

Expediente: “Dato reservado”

Fecha de la sentencia: 29/12/2015.

Objeto: Autorización judicial para que se proceda a la implantación embrionaria de gametos en el vientre de una mujer subrogante.

Fecha de nacimiento: Se trata de autorización previa. Se desconoce resultado de la técnica.

Requirentes: Varón y mujer. La mujer padece Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser, anomalía que impide que produzca hormonas femeninas, con lo que no puede lograr un embarazo.

Gestante: Cuñada de la mujer requirente. Está casada con el hermano de la requirente, tienen tres hijos propios.

Dadores de gametos: Los gametos provinieron de los requirentes de la técnica.

Otros familiares: El marido de la gestante y sus tres hijos fueron consultados y “están de acuerdo”.

Intermediación técnica: Los requirentes han realizado una Fecundación In Vitro y se formaron tres embriones que estaban criopreservados.

7. Caso: Lomas de Zamora/Diciembre/2015

Tribunal: Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora (JFamiliaLomasdeZamora) (Nro7)

Expediente: “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”.

Fecha de la sentencia: 30/12/2015.

Objeto: Inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC

Fecha de nacimiento: el fallo es anterior al parto, previsto para el 19 de enero de 2016.

Requirentes: Unión convivencial de varón (34 años) y mujer (36 años), formada en 2010. La mujer tiene problemas de fertilidad (amenorrea primaria por ausencia de útero y vagina con ovarios funcionales).

Gestante: Hermana de la mujer requirentes. Casada con tres hijos menores nacidos en 2005, 2007 y 2012. Los requirentes afirman hacerse cargo de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación de la gestante durante la realización de la técnica, el embarazo y con posterioridad al parto.

Dadores de gametos: Los gametos son del varón y la mujer requirentes.

Otros familiares: La gestante está casada y tiene tres hijos menores de edad.

Intermediación técnica: Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad informa que se formaron 5 embriones y se transfirieron 2 embriones, aunque sólo uno siguió adelante en la gestación.

8. Caso: Rosario/Mayo/2016

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro5)

Expediente: “S. G. G. y otros s/ filiación”

Fecha de la sentencia: 27/05/2016.

Objeto: Impugnación de la maternidad

Fecha de nacimiento: 11 de noviembre de 2015.

Requirentes: Matrimonio de dos varones. Desde septiembre de 2011 estaban inscriptos en el Registro Único de Adoptantes. Refieren que luego de varios años de espera no fueron convocados.

Gestante: Afirma ser amiga de los requirentes. Mujer casada y con hijos, firmó consentimiento el 12 de marzo de 2015. Afirman que la gestación fue “con fines altruistas y no onerosa”.

Dadores de gametos: Los gametos masculinos son provistos por uno de los requirentes. Los óvulos son donados por una mujer distinta a la gestante, en forma anónima.

Otros familiares: Los hijos de la gestante “llaman ‘primo’ al bebé” y estuvieron al tanto del proceso.

Intermediación técnica: Centro Médico en Buenos Aires.

9. Caso: Moreno/Julio/2016

Tribunal: Juzgado de Familia N° 2 de Moreno (JFliaMoreno) (nro2)

Expediente: “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”

Fecha de la sentencia: 04/07/2016.

Objeto de la demanda: Impugnación de la maternidad por nacimiento de una niña y reconocimiento de la maternidad de la requirente dadora de óvulos.

Fecha de nacimiento: 14 de abril de 2014

Requirentes de la subrogación: Matrimonio de varón y mujer con antecedentes de 9 pérdidas de bebés en gestación, que “no tenían explicación ni justificación alguna”.

Gestante: Hermana de la madre. No recibe retribución. No se había sometido previamente a maternidad subrogada. Tiene hijos propios.

Dadores de gametos: Los requirentes de la técnica

Otros familiares: Los hijos de la gestante estuvieron informados y asistidos de la situación desde el comienzo del proceso, acompañando y participando de modo voluntario.

Intermediación técnica: Especialista en fertilidad. Transferencia de dos embriones.

10. Caso: CABA/Septiembre/2016

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 8

Expediente: “B.B.M. y otro c/G. Y. A. s/Impugnación de filiación

Fecha de la sentencia: 20/09/2016.

Objeto de la demanda: Impugnación de la maternidad por nacimiento de un niño y reconocimiento de la maternidad de la requirente dadora de óvulos.

Fecha de nacimiento: 14 de julio de 2014

Requirentes de la subrogación: Matrimonio de varón y mujer. Viven en Córdoba. La mujer no puede quedar embarazada por Síndrome de Rockitasky. Se señala que los gestantes han tenido una infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva en Córdoba.

Gestante: Persona amiga de los requirentes. Tiene hijos.

Dadores de gametos: El varón requirente de la técnica aportó el esperma y los óvulos fueron de donante anónima.

Otros familiares: Se acompañaron partidas de nacimiento de los hijos de la gestante. En audiencia los hijos de la gestante y la pareja conviviente se anoticiaron y dieron “conformidad”.

Intermediación técnica: Clínica de Fertilidad “Halitus”.

3. Algunas cuestiones jurídicas implicadas en las sentencias de maternidad subrogada

Luego de hacer una sintética presentación de los datos más relevantes de cada caso, nos proponemos a continuación abordar algunas cuestiones jurídicas que están implicadas en estas sentencias. Desde ya que no se trata de un comentario exhaustivo que comprenda todos los fallos, sino de formular consideraciones sobre los principales argumentos que se utilizaron para legitimar la maternidad subrogada, ensayando algunas críticas y respuestas.

Todos los fallos que hemos analizado legitiman la maternidad subrogada, ya sea en forma previa o posterior a su realización. Y deben enfrentar la indisponible norma que señala que la maternidad queda determinada por el parto. Esta norma estaba establecida en el artículo 242 del anterior Código Civil y se continúa en el art. 565 para la filiación por naturaleza y art. 562 CCC para la filiación por TRHA. Este artículo 562 fue específicamente modificado durante el debate del nuevo CCC para excluir la maternidad subrogada. En este sentido, encontramos distintas estrategias en las sentencias para sortear este obstáculo legal, a nuestro criterio insalvable óbice a la pretensión de maternidad subrogada: declarar la inconstitucionalidad del art. 562 CCC, impugnar la maternidad por el parto, sostener que la maternidad subrogada no está prohibida, alegar la primacía de la voluntad procreacional, invocar el derecho a formar una familia o el caso “Artavia Murillo”, y sostener que

legitimar esta práctica es una exigencia del derecho a la identidad del niño. A su vez, hay distintos tópicos que son particularmente sensibles y que también serán motivo de nuestro análisis, como el referido a la retribución de la gestante, los consentimientos de los participantes, la nulidad de los contratos, la política de hechos consumados y otras cuestiones jurídicas.

a) Inconstitucionalidad del art. 562 CCC

En el caso de la sentencia de Lomas de Zamora/Diciembre/2015, la jueza se pronuncia por la inconstitucionalidad e anticonvencionalidad de determinar la maternidad por el parto: “Encuentro que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, constituye en este caso de gestación por sustitución una barrera para el ejercicio -por parte de los justiciables, tanto personas adultas como menores de edad, incluyendo a la niña por nacer inmersa en la incertidumbre jurídica respecto a su identidad- de derechos humanos y fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la máxima jerarquía jurídica, lo que torna a dicho texto normativo incompatible con las protecciones debidas por la magistratura en el caso a resolver” (Lomas de Zamora/Diciembre/2015).

Úrsula Basset⁶, Eduardo Sambrizzi⁷ y Mercedes Ales Uría⁸ han criticado esta sentencia y habría muchos argumentos para enfatizar esa crítica. Por lo pronto, ninguna norma constitucional o convencional legitima la maternidad subrogada. La maternidad ha sido determinada por el parto desde tiempos inmemoriales y ello configura una válida y necesaria forma de resguardar al niño y sus vínculos más fundantes de su personalidad.

Más allá de los dilemas que se plantean al juez ante el caso concreto y los hechos consumados, creemos que existen firmes razones para sostener que la maternidad subrogada es una práctica contraria a la dignidad de la persona humana y por tanto contraria a los principios de los tratados internacionales, porque priva al niño de manera provocada y evitable de uno de los elementos constitutivos de su identidad como es el vínculo con la mujer que lo gestó y además porque somete a la capacidad gestacional de la mujer al juego de la autonomía de la voluntad, en la cosificación de una función vital y que expresa un dinamismo relacional básico y fundamental.

b) Impugnación de la maternidad por el parto y primacía de la identidad genética

Algunos de los fallos recurren a la impugnación de la filiación de la madre gestante, atribuyendo la filiación a la mujer requirente de la técnica (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, CABA/Mayo/2015). Las sentencias resuelven impugnar la maternidad determinada por el parto y luego emplazar a la mujer requirente como madre, generalmente con fundamento en la existencia de un vínculo genético. Ello fue posible porque en casi todos los casos los gametos fueron provenientes de los requirentes de la técnica. La única excepción es el caso de los dos varones. Además, en ninguno de los casos la gestante utilizó sus propios óvulos. Todo ello genera las condiciones jurídicas para que se pretenda dar primacía a la verdad “genética” por sobre la determinación de la maternidad por el parto, en contra del texto mismo del art. 242 CC o art. 562 CCC. En efecto, la “madre gestante” determinada por el parto no es la madre genética que aportó los óvulos. Entonces, se aplica la regla de la “verdad genética” y se pretende impugnar la maternidad de quien no aportó sus óvulos y se concede primacía a la “verdad genética”. Paradójicamente, en el resto

⁶ Basset, Ursula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?”, La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

⁷ Sambrizzi, Eduardo A. , “La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial”, DFyP 2016 (mayo), 09/05/2016, 179, AR/DOC/1135/2016.

⁸ Ales Uría, Mercedes, “Maternidad por acuerdo de partes, ¿legalidad o equidad?”, RCCyC 2016 (junio), 06/06/2016, 59, AR/DOC/1593/2016. Esta jurista tiene varios textos sobre la temática de la “maternidad por acuerdo de partes”.

de las TRHA no se concede ningún lugar a la “verdad genética” y se absolutiza la voluntad procreacional.

Esta estrategia ya había sido denunciada por el mismo Anteproyecto de CCC en sus fundamentos, donde se afirmaba: “en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado”.

Al respecto, con específica referencia al CCC y desde una mirada sistémica del propio código, en las sentencias se soslaya la categórica afirmación del artículo 577: “*No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste*”.

Igualmente, se ha ignorado que la identificación del recién nacido y de la madre es una política pública que refleja no sólo un principio fundamental de la existencia humana y de la procreación, sino que además previene situaciones de entregas directas de niños y otras formas de disposición de la identidad. El hecho de que exista un contrato de procreación artificial no ofrece ninguna razón adicional para levantar la clara prohibición que pesa sobre la entrega directa de bebés.

c) ¿Está prohibida la maternidad subrogada?

Otro argumento que aparece en varias de las sentencias es que la maternidad subrogada es admisible en tanto no estaría prohibida (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). Se afirma que el CCC no prohibió esta figura y que lo no prohibido está permitido⁹. Así, en el fallo de Moreno/Julio/2016 se sostiene que la gestación por sustitución no se encuentra regulada y tampoco ha sido prohibida, lo que significa que la cuestión queda sujeta a la “discrecionalidad judicial”. Al respecto, además de considerar que el CCC efectivamente excluyó la figura, estas posturas omiten considerar que los elementos configurantes de la filiación son de orden público y no pueden ser dispuestos por los particulares, como claramente surge del art. 12 CCC que dispone: “*ARTICULO 12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

La maternidad subrogada está prohibida porque consiste justamente en un contrato que tiene por objeto que una mujer entregue a su hijo al nacer. Y ello es claramente contrario al derecho a la identidad y a todas las normas de orden público que buscan preservar la relación madre-hijo, la pronta identificación del recién nacido, la protección del derecho a la identidad y la prevención del tráfico de niños. Hay figuras penales específicas sobre los actos de privación o sustracción de elementos configurantes de la identidad de un niño y ello configura una clara prohibición, que no es subsanable por la autonomía de la voluntad. El nuevo CCyC incluso exige que una madre no dé en adopción a su hijo sino luego de que hayan pasado al menos 45 días del nacimiento. En ninguno de los casos siquiera se respetó ese plazo. Asimismo, la ley 24540 (1995) reguló expresamente el régimen de

⁹ Entre quienes sostienen que existe una laguna en el punto encontramos a González Magaña, Ignacio, “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 181, AR/DOC/3853/2014. Por su parte, María Victoria Famá considera que hay “necesidad de legislar”: Famá, María Victoria, “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”, DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 197, AR/DOC/3996/2015.

identificación de los recién nacidos y tal política se configura como una exigencia de orden público en nuestro país. Igualmente, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 1226 crea "el Sistema de Identificación del Recién Nacido y de su Madre, de aplicación obligatoria en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el cual tendrá por objeto asegurar a las personas su legítimo derecho a la identidad así como garantizar la indemnidad del vínculo materno filial". Tampoco la ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida incorporó la figura de la gestación por sustitución.

d) La voluntad procreacional

El fundamento más mencionado para legitimar la maternidad subrogada en las sentencias es la voluntad procreacional (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). Por ejemplo, se cita a Andrés Gil Domínguez para afirmar que "en nuestro ordenamiento constitucional y convencional la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio" (Moreno/Julio/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015).

Ahora bien, paradójicamente, en la regulación del CCC la voluntad procreacional se ha usado para resolver la filiación ante la dación de gametos por terceros y la ausencia de un vínculo genético de la persona que brinda su consentimiento. Podríamos decir que la voluntad procreacional se expresaba en relación a los gametos que son utilizados para concebir a la nueva persona. De hecho el art. 562 dispone: "*ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*". En los casos que estamos analizando, el problema no es el "consentimiento" del otro, hombre o mujer que no dio a luz respecto a sus gametos. Es más, aquí se recurre a la vinculación genética para desvirtuar la vinculación que surge por el parto y a la que claramente hace referencia el art. 562.

Además, la gestante "presta" consentimiento aunque es un consentimiento mixto: admite la "gestación", pero niega toda responsabilidad sobre el niño para luego del parto y se compromete a entregarlo a los requirentes. Es decir, que la "voluntad procreacional" termina también operando en un sentido negativo, para permitir a la gestante desentenderse de los deberes maternos. Se afirma así: "bajo esa mirada corresponde hoy tutelar los derechos emergentes del niño concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo" (Rosario/Mayo/2016). La frase que acabamos de transcribir deja a la luz de modo evidente el sentido en que se asume la voluntad procreacional: crea los vínculos y se escinde completamente de la realidad biológica, al punto de sostenerse que la gestante no es madre y que el hijo "pasa por suyo", como si la biología fuera una mera ficción. Estamos ante un voluntarismo extremo que niega toda realidad biológica e impone al niño una identidad construida. Como dice Basset, "la voluntad procreacional es el derecho de los fuertes, no de los débiles. Cuando la voluntad de los adultos determina la identidad de los niños, recortada de las legítimas cortapisas que le impone el derecho civil, el deseo adulto prima"¹⁰

¹⁰ Basset, Ursula, "Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?", La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

e) Derecho a formar una familia

Salvo en un caso (Rosario/Mayo/2016) en que los requirentes fueron dos varones, en todos los restantes, se explicita -con distinto nivel de detalle- que las parejas requirentes de varón y mujer padecían alguna forma de infertilidad, con causas que impedían llevar adelante un embarazo. Ello permite concluir que se trata de casos extremos y que la maternidad subrogada es vista como último recurso. Ello lleva a que se recurra al fundamento del derecho a formar una familia (Moreno/Julio/2016). El argumento guarda relación con la cita al fallo “Artavia Murillo”.

Entendemos que aquí emergen las problemáticas propias de la intermediación técnica en la procreación humana. Es decir, irrumpen técnicas que no respetan la originalidad de la transmisión de la vida humana y descomponen la procreación humana en sus distintas funciones, considerando cada función como separable e intercambiable y susceptible de ser reemplazada. La forma más extrema es la división de trabajo entre la concepción-fecundación del embrión con gametos de los requirentes y la gestación a cargo de una mujer que participa del proceso, pero luego se desentiende, pretendiendo que ello no tenga relevancia jurídica en razón de su voluntad procreacional negativa.

Además, hay que señalar que el "derecho a formar una familia" en su dimensión de tener descendencia, no es un derecho absoluto. No existe un “derecho al hijo”. Tampoco existe una potestad de disponer sobre la vida del niño, y en cómo será su gestación y entrega por la madre. La procreación necesariamente involucra al niño como un otro con dignidad inherente e indisponible. Ello limite a los intermediarios técnicos y la madre gestante. Existe un interés sustancial para regular y prohibir algunas de las conductas que no respetan la dignidad y originalidad de la procreación humana y de las personas involucradas. Proceder a tal restricción de la maternidad subrogada, como también a otras formas de TRHA, también es una exigencia del bien común.

f) La referencia al fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En lo que se considera una tendencia expansiva, varios de los fallos recurren en sus fundamentos a la sentencia “Artavia Murillo” de la CIDH del 28 de noviembre de 2012. Así ocurre por ejemplo con el fallo CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Rosario/Diciembre/2014. El fallo CABA/Septiembre/2016 incluso cita la sentencia en “Artavia Murillo y otro s/Supervisión de sentencia” del 26 de febrero de 2016 (conocido como Artavia Murillo II).

Por esta sentencia se condenó a Costa Rica por violación de los artículos 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La causa tuvo origen en los reclamos efectuados por un grupo de nueve matrimonios de varón y mujer que presentaron problemas de infertilidad y se consideraron afectados por la decisión de Costa Rica de limitar el acceso a la FIV, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país declarando inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud sobre FIV. La Corte cuestionó la interpretación efectuada por el tribunal de Costa Rica en el sentido que el embrión humano desde su fecundación es persona por entender que había restringido esos derechos de los demandantes. Para la Corte no había que reconocerle el estatuto de persona al embrión, alegando una interpretación según el sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva, y según el objeto y el fin del Tratado¹¹.

¹¹ Entre muchos otros, ver De Jesús, Ligia M., Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", Prudentia Iuris, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164

Existen varios artículos que señalan los graves problemas y los límites de la sentencia "Artavia Murillo" y a ellos nos remitimos para la valoración general de este fallo¹². Ahora bien, resulta abusivo extender su aplicación a un supuesto de maternidad subrogada¹³. En efecto, "Artavia Murillo" tiene una plataforma fáctica muy acotada, como hemos reseñado: matrimonios infértiles de varones y mujeres que con sus propios gametos pretenden una FIV en la que la mujer requirente sea la madre gestante. Es decir, no hay ninguna cuestión filiatoria involucrada. Todos los elementos de la identidad del niño están alineados, para usar una expresión de Úrsula Basset. Lo que se discutía en "Artavia" era la forma de interpretar el término concepción en estos casos específicos. Es pues abusivo extrapolar sus conclusiones a una situación de maternidad subrogada.

En este sentido, la CIDH deliberadamente expresó que no consideró en el caso "Artavia" los problemas más complejos de la FIV y otros temas (considerandos 134 y 135). Finalmente, cabe señalar que el contexto en el que la CIDH condena a Costa Rica es el de un país que prohíbe la fecundación in vitro.

Como hemos dicho en otras ocasiones, "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco para legitimar todas las pretensiones de las biotecnologías. Se trata de una sentencia que debe ser interpretada en forma contextualizada y no es legítimo sacar consecuencias que no están siquiera consideradas por la sentencia misma.

g) El derecho a la identidad y el deber de informar el modo de gestación

Varias de las sentencias consideran parcialmente lo relativo al derecho a la identidad de los niños nacidos por maternidad subrogada. Por ejemplo, en un caso se sostiene que el interés superior del niño y el derecho a la identidad son "argumentos de peso fundamentales a favor del reconocimiento del vínculo filial con los o las comitentes" (Moreno/Julio/2016). En otra sentencia se afirma: "la identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional" (Rosario/Mayo/2016). En otra sentencia se reconoce el problema y se afirma: "ante el hecho consumado, el nacimiento de... y la falta de legislación vigente, considero que es un 'deber' del juzgador -en pos de un adecuado y

¹² Para mayor información al respecto, véase: Lafferriere, Jorge Nicolás, Tello Alonso, Juan, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", La Ley, Sup. Const. 2014 (noviembre), 27/11/2014, p. 71 - LA LEY2014-F, 404; Lafferriere, Jorge Nicolás. Los límites de "Artavia Murillo" en un interesante fallo en protección del embrión humano, Doctrina judicial, La Ley, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; Herrera, Daniel y Lafferriere, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". La Ley Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 - La Ley 2013-B; Quintana, Eduardo Martín, "Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)". Comentario al fallo "Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica" - CIDH - 28/11/2012", Eldial.com, DC19E9, 14-2-2013; Franck, María Inés "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243; Pucheta, Leonardo, "Naturaleza humana como construcción del derecho. Reflexiones en torno al reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos", EDCrim, 23/05/2013, nro 13.244; De Jesús, Ligia M., Oviedo Álvarez, Jorge Andrés, Piero A. Tozzi, "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", Prudentia Iuris, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164. En el plano jurisprudencial, en lo relacionado con la postura sostenida en este texto, podemos mencionar las siguientes sentencias: a) Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sentencia del 30 de julio de 2014 en la causa n° 110.803, caratulada: "L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC."; b) Cámara Federal de Salta, Sentencia en autos "L.O., A. y otros c. Swiss Medical s/Amparo", 8 de julio de 2013; c) Cámara Federal de Salta, "M., I. N. c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986", Sentencia del 19/07/2014, Expediente N°: FSA 000135/2014.; d) Voto en disidencia del Dr. Hugo O.H. Llobera, en expte. "C.K.J. y o c/ M.S.A.S/AMPARO", Sala 1ra. de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, 12/11/2013.

¹³ Entre los autores que recurren a "Artavia Murillo" para el caso de maternidad subrogada puede citarse a Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia", La Ley 21/12/2015, 1, AR/DOC/4185/2015.

ajustado ejercicio de la magistratura- permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes” (CABA/Junio/2015). También la sentencia CABA/Mayo/2015 da lugar a la maternidad subrogada en razón de la realidad biológica y “su derecho supremo a la identidad”.

Como límite positivo, en todas las sentencias sobre filiación se establece una obligación de comunicar a los niños el modo en que fueron concebidos y gestados (CABA/Septiembre/2016, Moreno/Julio/2016, Rosario/Mayo/2016, Lomas de Zamora/Diciembre/2015, Bariloche/Diciembre/2015, Mendoza/Diciembre/2015, Mendoza/Julio/2015, CABA/Junio/2015, CABA/Mayo/2015, Rosario/Diciembre/2014). En la sentencia de Rosario/Mayo/2016 se aclara que tal comunicación debe hacerse con “ayuda psicológica”. En otra sentencia se ordena “dar intervención al Ministerio de Salud a fin que por la vía y forma que considere corresponda, disponga las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad en el tiempo de los datos de la donante” (CABA/Septiembre/2016). Estas previsiones son un cierto límite a la afectación del derecho a la identidad, pero no se asumen los problemas que plantean estas situaciones y la indisponibilidad de las normas sobre filiación.

En efecto, hay una doble forma de considerar la problemática del derecho a la identidad ante la maternidad subrogada: privilegiando los deseos de los adultos o privilegiando el interés superior del niño. En las sentencias, se privilegia el deseo de los adultos de tener descendencia, y una vez que el mismo ha sido considerado prioritario, se trata de mitigar los impactos que tiene tal decisión sobre la identidad a través de paliativos como el deber de comunicar los orígenes y la forma en que la persona fue concebida y gestada. En realidad, se soslaya que tal decisión configura un quiebre a la unidad de los elementos de la identidad de un niño, que es un principio liminar del ordenamiento jurídico en estos tiempos en que irrumpen biotecnologías que disocian la procreación de la sexualidad¹⁴.

¿Cómo se puede sostener que no afecta la identidad de un niño el hecho de que su madre deliberadamente lo gesté, dé a luz y lo entregue a unos requirentes, con la intermediación técnica y económica de una empresa o profesional de la salud? Ciertamente habrá casos en que ello no afectará al niño, y ojalá así sea. Pero lo presumible es que esa conducta, evitable, generará algún tipo de problema o daño. Y ese daño era evitable y prevenible. Ciertamente, la conducta de los que autorizan las técnicas de maternidad subrogada es pasible de reproche por los eventuales daños futuros que sufran los niños que vieron alterados los componentes de su identidad.

h) El problema de la retribución a la gestante y la explotación de la mujer

Respecto a la gestante, en todos los casos se afirma que se trata de una persona que no recibió ninguna retribución. Sin embargo, varias sentencias contemplan prestaciones de índole económica, especialmente en lo que concierne a la “obra social” y la alimentación de la gestante. Igualmente, debe recordarse que la aludida “gratuidad” del procedimiento sólo se refiere a la madre gestante, pues siempre intervienen clínicas o profesionales que cobran por esta intermediación técnica en la procreación.

Sobre este punto, son interesantes los interrogantes que plantea Sabrina Berger, en el sentido de si se paga un servicio o un precio por el niño. Esta jurista distingue según la mujer gestante aporte o no su propio óvulo y afirma: “En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto

¹⁴ Ver Basset, Úrsula C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", La Ley, 2011-1005. Alvaré, Helen M., "The case for Regulating Collaborative Reproduction: A Children's Rights Perspective", Harvard Journal of Legislation, Vol. 40, No. 1, p. 1-63 .

de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso claramente se está retribuyendo financieramente un servicio, el servicio de gestación”¹⁵. Berger se pronuncia en favor de la maternidad subrogada, incluso si hay remuneración del servicio, y, como surge de este escrito, me permito discrepar con el fondo de su opinión. En todo caso, en ninguno de los fallos que analizamos se presentó una situación expresa de remuneración de la gestante.

Retomando el análisis de los fallos, resulta importante la relación de los requirentes con la gestante para evaluar si la gratuidad del procedimiento es creíble. Los casos estudiados pueden dividirse en tres en este aspecto: en algunos, la gestante tiene parentesco con alguno de los requirentes; en otros, se afirma que se trata de una persona “amiga”; en otros, se trata de personas que se ofrecieron aunque sin conocer mucho a los requirentes.

En las sentencias, la relación de parentesco es asumida como garantía de altruismo y gratuidad. En una de las sentencias se trata “la cuestión de la explotación y cosificación de la persona gestante” aunque se aclara que “en la especie a resolver no se verifica ya que se trata de un caso de acuerdo entre dos hermanas y sus parejas para ayudar a una de ellas -sin capacidad gestacional- a tener un hijo” (Lomas de Zamora/Diciembre/2015). Sin embargo, se soslayan los problemas derivados de los impedimentos matrimoniales y la dramática confusión de los vínculos filiatorios básicos de la persona. El caso más dramático es el de Mendoza, donde la abuela actúa como madre gestante y da a luz a su nieto (Mendoza/Diciembre/2015).

En los casos de amigos de los requirentes, la situación es más confusa y de difícil comprobación. Los fallos no indagan demasiado en torno a cómo se conocieron las partes y tampoco advierten cómo evitar casos fabricados.

En los casos donde no interviene un familiar, los fallos se muestran sencillamente crédulos de las manifestaciones de las partes, resultando casi imposible comprobar si hubo o no una contraprestación económica. Además, en algunos casos no se considera suficientemente la vulnerabilidad de la mujer que se ofrece a gestar por otra. El caso más delicado es el que resuelve el juzgado Civil 102 (CABA/Mayo/2015) en el que la gestante es la niñera de un sobrino de uno de los requirentes, que tiene hijos que viven en Perú y que planea regresar allí. Si bien se afirma en el fallo que no hubo retribución y que la madre gestante se allanó a la acción, no se consideró si hubo algún tipo de contrato o convenio, escrito o verbal, y cuáles eran sus cláusulas y si las mismas respetaban la persona y autonomía de la madre gestante. ¿Qué hubiera pasado si la niñera da a luz sin intermediación técnica, entrega en forma directa los hijos a los requirentes y estos se presentan como adoptantes? Seguramente hubiera habido un manifiesto rechazo de la pretensión. Esta hipótesis casi no presenta diferencias con lo acontecido en ese expediente: la única diferencia es que hubo una intermediación técnica y rentada por parte de una clínica en forma previa al embarazo.

En algunos casos, como el de Mendoza/Julio/2015, se hacen consideraciones sobre la explotación de la mujer gestante ante el problema de la “falta de regulación” o ante la prohibición. Ello excede las situaciones que corresponde resolver judicialmente y revela que los jueces están actuando como si fueran legisladores. Más bien cabría objetar a los jueces que sus fallos legitimando la maternidad subrogada abren camino para que esta práctica de objeto ilícito se instale en Argentina, con las consecuencias de explotación de mujeres. Aquí se conectan el argumento relativo a la no prohibición de la maternidad subrogada con la idea de que la regulación es la mejor respuesta ante los “hechos consumados” de que ocurran estas gestaciones. Creemos que la prohibición es la única respuesta que soluciona todos los problemas que acarrea este contrato.

¹⁵ Berger, Sabrina M., “Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución”, DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 208, AR/DOC/3169/2015.

i) Los consentimientos y la información brindada

Como queda en evidencia luego de la lectura de las sentencias, en la maternidad subrogada hay distintos tipos de consentimientos: el de los requirentes, el de la gestante, el de los dadores de gametos. Incluso se menciona que se consultó a los familiares de la gestante, aunque no se utiliza la expresión “consentimiento” para expresar su acuerdo.

En cuanto al consentimiento de los intervinientes entendemos que los magistrados actuantes han soslayado algunas preguntas: ¿qué informaron las clínicas o profesionales respecto a la regulación legal de la filiación que surgiría de la realización de estos actos? ¿Se les informó a los requirentes lo que disponen las normas sobre maternidad, ya sea en el anterior Código Civil o el CCC? ¿Cuál camino judicial se aconsejó para lograr la filiación? ¿Se avisó sobre el riesgo de que no resulten las acciones judiciales sugeridas? ¿Se comprometió un resultado en materia de filiación en sede judicial? Con todas estas dudas, ¿existió un consentimiento realmente informado de las partes?

En el mismo sentido, cuando se habla de que la gestante prestó “consentimiento informado” nos preguntamos: ¿Cuál era el contenido de la información que se le brindó respecto a la filiación del futuro hijo? ¿Se le aseguró que no sería la madre? ¿Se le prometió un resultado jurídico? ¿Se le explicaron las disposiciones del CCC en materia de determinación de la maternidad?

En una de las sentencias se solicita “a los involucrados en las presentes actuaciones, es decir a los actores y a la Sra...., una nueva mirada a las hijas de esta última, y en su caso, de que puedan contar con apoyo profesional, dado que no sabemos cómo han repercutido las circunstancias de ver a su madre embarazada y no tener luego a un hermanito, ni qué información le fue suministrada a, sucesos estos, que dejan en el ánimo del suscripto una considerable inquietud” (CABA/Junio/2015).

Creemos que las sentencias no profundizan en el contenido del consentimiento otorgado por los requirentes o la gestante. Ese contenido condiciona la validez del acto voluntario de consentimiento.

j) La nulidad de los contratos

Uno de los argumentos más fuertes en contra de la validez de la maternidad subrogada es que se trata de contratos afectados por nulidad absoluta (art. 386 CCC) en razón del objeto contrario a la moral y las buenas costumbres, contrario a las disposiciones de orden público sobre filiación y lesivo de la dignidad de las personas del niño y de la gestante (art. 279 CCC).

Sin embargo, el tema aparece tratado en uno solo de los fallos (Mendoza/Julio/2015). La nulidad fue solicitada por la Asesora de Menores e Incapaces con fundamento en el art. 953 y 1047 del Código Civil (ley 340). La sentencia considera que en el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes lo que la mujer gestante ofrece es su “capacidad gestacional” y considera que no hay disposición del propio cuerpo, “sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano” (Mendoza/Julio/2015). Sin embargo, se declara una nulidad parcial de las cláusulas por las cuales la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas con fundamento en los artículos 953 y 531 del CC -ley 340-. También se declara la nulidad de las cláusulas sobre la “filiación del niño” y el apartado referido a los derechos sucesorios de la gestante. Igualmente la cláusula que impone a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo (Mendoza/Julio/2015). A estas cláusulas se las declara nulas, de nulidad absoluta. Discrepamos con la solución parcial del juzgado y entendemos que todo el contrato tendría que haber sido declarado nulo.

El hecho de que sólo una sentencia haya considerado el problema de la nulidad del contrato es de particular gravedad y revela las omisiones de los jueces al momento de indagar sobre los contratos

que tenían delante¹⁶. Recordemos que la nulidad absoluta puede ser declarada por los jueces de oficio (art. 387 CCC).

Las preguntas que subyacen al planteo de la nulidad son muy elementales: ¿cuál es el objeto de estos contratos? ¿Gestar o entregar el niño? ¿Había posibilidad de arrepentimiento de la gestante? ¿SE disponen normas sobre filiación y derechos sucesorios? ¿Hubo alguna previsión para el caso de muerte de la gestante, de los requirentes o de la niña? ¿Hubo algún compromiso de revisión periódica o ecografías u otros exámenes por parte de la madre gestante? ¿Hubo alguna limitación a la libertad ambulatoria de la madre gestante? Nuevamente interrogantes que las sentencias no responden.

k) La política de “hechos consumados”

Otra de las características más notables de los casos estudiados es que los jueces enfrentan situaciones de “hechos consumados”. En efecto, en 7 de los 10 casos, los contratos de maternidad subrogada, la concepción de los embriones, su transferencia y su nacimiento ya se habían producido. En un caso (Lomas de Zamora/Diciembre/2015), el fallo es anterior al parto, pero se dicta durante la gestación, de modo que el nacimiento era inminente. Esa anticipación evitó el problema de tener que determinar la maternidad por el parto. Sólo en dos casos (Bariloche/Diciembre/2015 y Rosario/Diciembre/2014) se trató de acciones ordenadas a obtener una autorización judicial previa a la transferencia de los embriones a la gestante. Sin embargo, en ambos casos la acción judicial aparece condicionada por el hecho de ya existir embriones congelados propios de los requirentes de las técnicas. Ello resulta una cierta forma de presión sobre los jueces, en tanto a la pretensión de los requirentes para lograr el nacimiento de un hijo, se suma la problemática del destino de los embriones congelados y los dilemas que surgen por ese hecho, máxime sabiendo que son personas y que también tienen derecho a la vida.

Como hemos visto al analizar el problema del “consentimiento”, los centros de fertilidad y profesionales intervinientes involucran a personas concretas en un tratamiento que no fue incluido en el CCC y para el que específicamente se dispone que la maternidad quedará determinada por el parto (art. 562 CCC). Es decir, comprometen “resultados” en materia de filiación que son inciertos y en los que la legislación dispone otra cosa. Ello es reconocido en la misma sentencia de Lomas de Zamora/Diciembre/2015 en tanto se quiere evitar la “incertidumbre” de la niña por nacer respecto a su identidad. O en el fallo donde se sostiene: “sin dudas que en temas como el que nos ocupa, existen numerosos interrogantes que sólo podrán ser respondidos con el transcurso del tiempo, así como imponderables que, como tales, no pueden ser sopesados en esta sentencia” (Bariloche/Diciembre/2015). En realidad, las incertidumbres e imponderables sí pueden ser previstas y deberían tratar de ser evitadas cuando se trata de algo tan delicado y vital como los vínculos filiatorios de una persona.

Comprendemos los dilemas que supone para un juez enfrentar el hecho consumado de un niño nacido de una mujer que ya lo entregó a los requirentes y que no quiere ser madre¹⁷. Es una situación excepcional en la que, en violación a las normas y principios jurídicos, se rompe la continuidad entre los elementos de la identidad de un niño (Basset). Buscar lo mejor para el niño, resguardar su interés superior puede ser muy complejo y hay que tener en cuenta muchas circunstancias ante los hechos consumados.

¹⁶Sobre el tema de los contratos de procreación asistida, ver el trabajo de Borda, Alejandro, "Los contratos en la procreación asistida", en AA.VV., "Derecho moderno. LiberAmicorum Marcos M. Córdoba", Buenos Aires, Editorial RubinzalCulzoni, 2013.

¹⁷ Creemos que, como principio, sigue teniendo validez la opinión de Jorge Perrino, quien siguiendo a Mazzinghi, sostenía: "Frente al hecho consumado, la solución ha de ser la de reconocer la maternidad de quien lo ha portado en su seno durante todo el tiempo de la gestación, toda vez que su relación, además de fisiológica u orgánica, también comprende la de carácter espiritual". Perrino, Jorge Oscar, "Derecho de Familia". Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 2ª. edición, p. 2515.

Pero nos permitimos formular dos fuertes discrepancias con el camino elegido en las sentencias que comentamos.

Por un lado, se deben buscar respuestas jurídicas que queden acotadas al caso concreto y con enfoques que no desdibujen los contornos de la filiación y en los que se disponga una pronta solución a problemas de registro y nacionalidad, y se arbitren medidas de control jurisdiccional en forma análoga a la adopción. Como afirma Basset: “la dinámica del derecho filiatorio consiste en que en todos los casos la función del derecho es comprobar una filiación, no tiene potestad de crearla. Porque la filiación no es algo del legislador o del juez, es algo de los hijos y de los padres, una relación recíproca preexistente que el derecho declara”¹⁸.

En segundo lugar, entendemos que los jueces, por el principio de oficiosidad (art. 709 CCC) y por su deber de intervenir cuando están en riesgos los derechos de los niños (ley 26061), debieron haber indagado más en estas formas de proceder de los centros de fertilidad y los profesionales, para evitar que se siga obran con temeridad y hechos consumados. Es decir, al tomar conocimiento del hecho, se debería haber llamado la atención a los intermediarios técnicos para que, en lo futuro, se abstengan de obrar de esta manera. Y en este punto vale traer a colación la opinión de Ales Uría, quien llama la atención sobre los casos resueltos por la jurisprudencia en Argentina en que el interés del menor no es considerado previamente ni sus potenciales derechos son objeto de salvaguarda¹⁹.

1) Otras cuestiones

Habría muchas cuestiones jurídicas para analizar en las sentencias que estamos comentando. En este último apartado queremos referirnos a algunas de ellas y que no han tenido una mención aislada.

En el caso de Lomas de Zamora/Diciembre/2015, la jueza interviniente ordena conceder licencia por maternidad a la madre que tuvo la voluntad procreacional para el cuidado de su hija.

En dos de las sentencias, se resuelve fijar que el ejercicio de la patria potestad sea retroactivo a la fecha de la concepción (Mendoza/Julio/2015, CABA/Junio/2015).

En general, las sentencias soslayan el problema del derecho a la vida de los embriones “sobrantes”. En varios casos se menciona que se conciban más embriones de los que son transferidos. En las sentencias no existe información respecto al destino de los otros embriones concebidos por las técnicas en el marco de la maternidad subrogada y no se dispusieron medidas de protección de la vida de esos embriones.

4. Conclusión

Recapitulando el análisis nos encontramos con algunas características de las sentencias en materia de maternidad subrogada:

- En casi todos los casos, se trata de situaciones en las que se presentan problemas de fertilidad que imposibilitan el embarazo.
- En 8 de los 10 casos, la mujer requirente utiliza sus propios óvulos. En todos los casos, los gametos masculinos son provistos por el varón requirente (uno de los casos es una unión de dos varones y uno de ellos provee los gametos).

¹⁸ Basset, Ursula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?”, La Ley 02/05/2016, 6, AR/DOC/1311/2016.

¹⁹ Ales Uría, Mercedes, “Maternidad por acuerdo de partes, ¿legalidad o equidad?”, RCCyC 2016 (junio), 06/06/2016, 59, AR/DOC/1593/2016.

- En ninguno de los casos, la gestante utiliza sus propios óvulos para la concepción de los embriones que luego le son transferidos. En ninguno de los casos la gestante percibe retribución, al menos como una remuneración por pago de servicios. Sin embargo, en varios de los casos se contemplan compensaciones económicas vinculadas con la obra social y alimentos para la gestante. En tres casos la gestante es familiar de los requirentes (madre, hermana, cuñada). Los hijos de la gestante, en caso que existan, suelen ser consultados, al igual que el marido o pareja.
- En todos los casos los jueces enfrentan hechos consumados, ya sea porque los niños ya han nacido, o la gestante ya cursa el embarazo o bien existen embriones congelados de los requirentes que aguardan su transferencia a la gestante.
- En todos los casos se legitiman las prácticas de maternidad subrogada, sin ninguna valoración crítica de lo sucedido o indagación de mayores elementos para ejercer un control jurisdiccional que vele por los derechos de los niños y las personas implicadas.
- En todos los casos se dispone que los requirentes informen al niño su origen en cuanto a la concepción y gestación.
- El fundamento más usual para legitimar la maternidad subrogada es la voluntad procreacional, en un uso extensivo del concepto más allá de las claras disposiciones del art. 562 CCC.
- Encontramos distintas estrategias jurídicas para legitimar lo ocurrido: varios casos consisten en autorizaciones previas al nacimiento, disponiendo cómo se hará la inscripción. En estos casos los jueces “crean” una regla de filiación que se aparta de la norma legal aprobada por el Congreso (arts. 242 CC y 562 CCC). En otros casos, hay una inscripción de la persona nacida siguiendo la regla de que la maternidad sigue al parto y la acción se ordena a impugnar la maternidad y emplazar como madre a la requirente, con fundamento tanto en la verdad genética (en los casos que ella aportó los óvulos), como en su voluntad procreacional.
- En un solo caso se declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC y ello ha recibido importantes críticas por carecer de una base normativa sólida.
- En la mayoría de los casos se afirma que la maternidad subrogada no está prohibida, y se soslayan los argumentos que refieren a la nulidad de estos actos por su objeto contrario a la dignidad de la persona humana (art. 279 CCC), como así también a las normas que sancionan la privación de los elementos de identidad de las personas.
- Se ha invocado el derecho a la identidad de los niños para legitimar la maternidad subrogada ya ocurrida, en una consideración *a posteriori* de la situación y soslayando los problemas insalvables que se crean cuando se disocian los elementos que hacen a la identidad de los niños. Se ha omitido esa consideración previa del derecho a la identidad como resguardo y límite a este tipo de aplicaciones biotecnológicas.
- Advertimos que se recurre en la mayoría de las sentencias a invocar el caso “Artavia Murillo” de la CIDH en lo que entendemos es una impropia extrapolación de esa sentencia, pues la misma tiene supuestos fácticos muy acotados y la CIDH deliberadamente excluyó las temáticas más complejas de la FIV y definitivamente no tuvo en consideración la cuestión de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada no es inevitable. Ciertamente los jueces enfrentan dilemas al intervenir en el caso concreto y ante los hechos consumados, para buscar el mejor interés del niño. Pero tienen un deber de evitar que sus decisiones sean legitimantes de procedimientos que disocian la identidad de los niños y que subordinan ese interés a los deseos de los adultos. También tienen que evitar las decisiones que van abriendo camino a estas prácticas que cosifican a la mujer y al niño. Su deber además es intervenir para impulsar acciones de prevención y sanciones para las clínicas y

profesionales que actúan fuera de todo marco regulatorio profesional desplegando una técnica cuestionada, que fue dejada de lado por el legislador y que contraviene normas civiles y penales.

Constatamos que la maternidad subrogada es otro paso más en el proceso de expansión de una mentalidad tecnocientífica aplicada a la procreación humana y que disocia los elementos identitarios de una persona, en especial el único e irrepetible vínculo que se produce entre el niño por nacer y su madre en la gestación. Ello no puede hacerse sin graves daños y consecuencias sociales. Esperamos que los jueces reviertan estas sentencias que conforman una situación de injusticia y adopten las medidas más conducentes al bien de los niños y la vulnerabilidad de las mujeres.