

# Maternidad subrogada: la vulnerabilidad como eje transversal

Camila Brugnoni

*Universidad Católica Argentina*

## I. Visibilizando la vulnerabilidad invisibilizada

En consonancia con una perspectiva antropocéntrica, la persona humana, es el eje y fundamento del sistema jurídico. El derecho gira en derredor de la conducta de los seres humanos, quienes nacen libres, iguales en dignidad y derechos (artículo 1, declaración universal de derechos humanos).

Los nuevos descubrimientos tecnocientíficos plantean nuevos desafíos e invitan a reflexionar acerca del sentido en el que se dirige la familia humana a raíz de los avances de la ciencia<sup>1</sup>.

Con mayor frecuencia resultan perceptibles los retos bioéticos que enfrenta la humanidad. La familia, que atraviesa tiempos de crisis<sup>2</sup>, se ve una vez más fragilizada. Ahora se trata de la maternidad subrogada<sup>3</sup>.

En la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos se señala que “al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”<sup>4</sup> (artículo 8). Este es el eje que hace plausible el empoderamiento de los más débiles<sup>5</sup>.

La vulnerabilidad es un concepto caracterizado por ser potencial en el sentido de que abarca la posibilidad de ser herido o lesionado en plano físico o moral, por ser simultáneamente objetivo y subjetivo, en cuanto a que una persona será considerada vulnerable de acuerdo a su pertenencia de manera individual y/o

---

<sup>1</sup>Lafferrière, Jorge Nicolás, “¿Los seres humanos somos meros “algoritmos”? Una reflexión crítica sobre el libro Homo Deus. Breve historia del mañana”, *El Derecho*, 2017.

<sup>2</sup>Borda, Alejandro, “La familia, hoy”, *El Derecho*, 2015.

<sup>3</sup>Matozzo de Romualdi, Liliana A., “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”, *El Derecho*, 1999.

<sup>4</sup> Artículo 8 de la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001428/142825s.pdf#page=85>

<sup>5</sup>Basset Úrsula Cristina, “Vulnerabilidad como nuevo vector”, *El Derecho*, 2016.

colectiva a una categoría o a una situación particular. Otra nota distintiva de esta noción consiste en la existencia de personas susceptibles de ser dañadas y de otras que aportan la amenaza. Una última característica de la vulnerabilidad es que describe un estado y prescribe un estatuto<sup>6</sup>.

Es decir, esta idea desentraña la inevitable fragilidad presente en todas las personas de manera potencial<sup>7</sup>.

Es esta la piedra angular que permite fraternizar la ligazón entre personas.

## **II. La cuestión de la terminología: un rompecabezas para armar**

La práctica de la maternidad subrogada presenta una divergencia terminológica en el derecho internacional y en derecho nacional. En Estados Unidos esta técnica biogenética es denominada “madre subrogante”, en Francia “madre portadora” y en Italia “alquiler de vientre”. En países de habla hispana se la llama “maternidad de sustitución”, “gestación por cuenta de otro”, “madre portadora”, “madre alquilada”, entre otros<sup>8</sup>. Este no es un dato menor, ya que hay autores que con ellas hacen referencia a realidades distintas.

Algunos de ellos sostienen que existen dos supuestos. Uno consiste en que la madre subrogada es también madre biológica porque sus óvulos son fecundados con espermatozoides del progenitor comitente o de un donante. Empero, existe otra modalidad, que consiste en que la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer distinta de la madre subrogada que, generalmente, es la comitente.

Ahora bien, si la madre comitente se encuentra imposibilitada de producir óvulos, éstos son aportados por otra mujer con quien puede tener una relación de amistad o parentesco o ser una donante anónima<sup>9</sup>.

Es menester hacer hincapié en los tres elementos esenciales que constituyen esta técnica biogenética: la existencia de un contrato, la participación de un centro médico y la participación de la mujer, que a través de técnicas de fecundación

---

<sup>6</sup> Fulchiron Hugues, “De la vulnerabilidad de los mayores”, *El Derecho*, 2016.

<sup>7</sup> Fineman Martha Albertson, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition” disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol20/iss1/2>

<sup>8</sup> Chiapero Silvana, *Maternidad subrogada*, Ed. Astrea, Bs As, 2012, pp.95-101.

<sup>9</sup> La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar

Famá, María Victoria, “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”, *DFyP*, 2015.

artificial, logra un embarazo para gestar un niño y entregarlo posteriormente al nacimiento<sup>10</sup>.

### III. El plexo normativo local, que prohíbe la maternidad subrogada

A pesar de que algunos jueces se han expedido legitimando la maternidad subrogada validando un acto jurídico que tiene por objeto la entrega de un niño posteriormente a su nacimiento —por la madre que lo gestó en su vientre durante nueve meses— el código civil y comercial de la nación, en su articulado, cuenta con normas de las que su interpretación armónica emana su prohibición.

Resulta necesario tener presente que existe un convenio con la mujer que gestará un niño con el fin de entregarlo *a posteriori*.

La libertad de contratación rige dentro de los límites que imponen la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 958). En este sentido y parafraseando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su pronunciamiento en el caso Ekmekdjian c. Sofovich<sup>11</sup>, la libertad tiene como contrapartida mayor responsabilidad. Es decir, el libre albedrío con el que fue dotado la persona humana implica un mayúsculo compromiso respecto de su conducta, y más aún cuando se trata de los derechos de terceros, que en este caso concreto son los niños y las mujeres gestantes.

El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana (art. 279).

Un amplio sector de la doctrina argentina<sup>12</sup> considera que su objeto es nulo de nulidad absoluta (artículo 387), debiendo declararla de oficio, el juez que tenga que pronunciarse al respecto ya que considera que es contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público y lesivo de la dignidad humana<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Alquiler-de-vientres.pdf>

<sup>11</sup> Fallos: 315:1492

<sup>12</sup> Sambrizzi Eduardo A, “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)”, *El Derecho*, 2013.

<sup>13</sup> Lafferrière Jorge Nicolás, “La maternidad privatizada (con aval judicial). Una mirada desde la parte general del derecho civil”, *El Derecho*, 2016.

Es contrario a la moral y a las buenas costumbres debido a que desdobra la maternidad<sup>14</sup> —transmitiendo la vida fuera del matrimonio— institución natural a la que está exclusivamente confiada esa misión<sup>15</sup>. Esta cuestión resulta insoslayable, debido a que a pesar de que la ley moral y la ley jurídica se distinguen, ambas se subalternan y se unen para regular la conducta humana<sup>16</sup>.

En cuanto a que contraría al orden público, la ley 24540 —de aplicación en todo el territorio de la República— regula el régimen de identificación de los recién nacidos y vincula a la maternidad con la mujer que pare (artículo 7). La ley 26994, que puso en vigor el código civil y comercial de la nación, prescribe que la maternidad queda determinada por el parto (Art. 562 y 565). Entonces, en Argentina, donde rige el *ius soli*<sup>17</sup>, es madre quien da a luz. Por lo tanto se es ciudadano argentino cuando una persona humana nace en el territorio argentino o bien adquiriendo la ciudadanía a través de la naturalización o nacionalización. Además, la ley 26061 —que reglamenta la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes— establece el derecho a la identidad haciendo explícita mención de que ellos tienen derecho al conocimiento de quiénes son sus padres (artículo 11). La ley 23849 —que aprueba la convención de los derechos del niño— de suma importancia, dado que el convencional constituyente de 1994 le otorgó a la convención jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22)<sup>18</sup>, indica que se inscribirá al niño inmediatamente después de su nacimiento y que el mismo tendrá derecho a conocer a sus padres (artículo 7) y que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (artículo 8).

Asimismo, el código civil y comercial de la nación prohíbe la guarda de niñas, niños y adolescentes con fines de adopción (artículo 611) y además establece como plazo mínimo cuarenta y cinco días para que éstos sean mantenidos con sus padres, antes de que los mismos puedan ser dados en adopción, siempre y cuando esa decisión haya sido tomada de manera libre e informada (artículo 607). Y, vale aclarar, que la maternidad subrogada no fue incorporada a la ley 26862 de acceso

---

<sup>14</sup> Chiapero Silvana, Maternidad subrogada, Ed. Astrea, pp. 135-158.

<sup>15</sup> Ver: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_19831022\\_family-rights\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_19831022_family-rights_sp.html)

<sup>16</sup> Herrera Daniel Alejandro, “La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la Evangelium Vitae”, *El Derecho*, 2008.

<sup>17</sup> Diego García Vicente, Diccionario Ilustrado Latino – Español, Español – Latino, Ed. Bibliograf, Barcelona, 1972

<sup>18</sup> María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Ed. La Ley, Bs As, 2015, p. 238.

integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida<sup>19</sup>.

Del mismo modo, es menester señalar que la persona humana está fuera del comercio, no puede ser objeto de relaciones jurídicas<sup>20</sup>. Ello se debe a su dignidad, esa excelencia o perfección en el ser<sup>21</sup>, inmanente e intrínseca a toda persona humana, quien desde el punto de vista de Santo Tomás de Aquino, es digna porque es persona humana, por lo tanto, su vida también lo es y por consiguiente todas las etapas merecen ser vividas dignamente<sup>22</sup>. El respeto a la dignidad es un atributo esencial, inherente a la mera existencia de la persona, desde su concepción hasta su muerte<sup>23</sup>.

#### **IV. El flagelo de la incertidumbre respecto de la identidad de niñas, niños o adolescentes**

Como se mencionó anteriormente, en la maternidad subrogada se pacta con una mujer con el fin de gestar un embrión con un óvulo de ella misma, de la progenitora comitente o de una tercera persona, fecundado con gametos, ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego del parto efectuar la entrega del niño.

O, también, de gestar un embrión de terceros produciéndose, de esta manera, una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, con el fin de satisfacer el deseo de ser madre, que en sí mismo es loable, pero no tiene un carácter absoluto, considerando que no se puede emplear cualquier medio para satisfacerlo<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Lafferrière Jorge Nicolás, “La prohibición de la maternidad subrogada en la Argentina”, *El Derecho*, 2017.

<sup>20</sup> Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. (2012). Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 [en línea]. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> (Fecha de consulta: 7 de Abril de 2017).

<sup>21</sup> Lafferrière Jorge Nicolás, “La persona humana en el nuevo código civil y comercial. Consideraciones generales”, *El Derecho*, 2015. De Martini, S. M. A. (2016, octubre). La especial dignidad del embrión humano [en línea]. Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/especial-dignidad-embrión-humano-martini.pdf> (Fecha de consulta: 7 de abril de 2017).

<sup>22</sup> Sojo, L, IX Encuentro de Derecho de Familia - II Coloquio Franco-Argentino sobre la Vulnerabilidad, 2015.

<sup>23</sup> Taiana de Brandi, N. A., “El derecho de autoprotección. Sigamos asomándonos al mundo”, *La Ley*, 2010.

<sup>24</sup> Sambrizzi Eduardo A., “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)”, *El Derecho*, 2013.

Esa disociación provoca una situación de incertidumbre con relación a la filiación, fragmentándola, debido a la dicotomía existente entre madre genética y madre gestante. Es decir, hay Intereses contrapuestos. Por un lado el interés del hijo en conocer su verdadera filiación, su identidad<sup>25</sup>, su origen y por otro lado el interés de los padres comitentes en cumplir su inmensurable deseo de ser padres, que sin embargo, por más genuino que este sea, no puede prevalecer por encima del derecho de toda niña y/o niño a su identidad.

La filiación es de una importancia mayúscula. Es el vínculo de procreación del que se derivan ciertos efectos jurídicos<sup>26</sup> y además ello se debe a que hace al desarrollo pleno de la personalidad de toda niña y/o niño<sup>27</sup>.

La identidad es un derecho humano, un derecho personalísimo, inalienable, innato y extrapatrimonial, que hay que entenderlo en sentido amplio, y que abarca la nacionalidad, el nombre y a las relaciones de familia (artículo 8 inciso 1, convención sobre los derechos del niño). También comprende la no separación del niño respecto de sus padres (artículo 9 inciso 1, convención sobre los derechos del niño)<sup>28</sup>, teniendo presente siempre como eje, la protección del principio de su interés superior (artículo 3, convención sobre los derechos del niño), debido a que es el principal afectado por la celebración del contrato de maternidad subrogada<sup>29</sup>.

Según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, este axioma que regula la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la convención sobre los derechos del niño<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup>Artículo 8, inciso 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>26</sup> Di Pietro Alfredo, Manual de Derecho Romano, Ed. Lexis Nexis, Bs As, p. 357.

<sup>27</sup> Basset Úrsula Cristina Salaverri Milagros, “Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño”, *DFyP*, 2014

<sup>28</sup>“Bolzon Lorena C., “Interés superior del niño y derecho a la identidad, dos principios inescindibles”, *El Derecho*, 2015.

<sup>29</sup> Cabaleri, D. A. (2014). Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf> (fecha de consulta: 7 de abril de 2017).

<sup>30</sup> Ver: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

## **V. El turismo procreativo: Análisis de jurisprudencia**

Tribunal: Juzgado de primera instancia de distrito de Familia, San Lorenzo, Santa Fe

Autos: "S.G.E.F. y G.C.E."

Fecha: 2 de julio de 2012

Hechos: Se apersona la actora junto a su esposo a la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en Nueva Delhi, a fin de inscribir a su hija, nacida en la República de la India como consecuencia de la celebración de un contrato de maternidad subrogada, con la nacionalidad argentina. Se les comunica que no pueden hacerlo, dado que su madre, si bien es argentina nativa, no reside en nuestro país. La actora promueve medida autosatisfactiva, que es procedente. El juez resuelve ordenar al poder ejecutivo nacional (ministerio de relaciones exteriores, comercio internacional y culto y/u organismo que corresponda) a que se inscriba a la niña como argentina nativa.

Se señala que E.F.S.G., de nacionalidad argentina y J.A.G.G. de nacionalidad española contrajeron matrimonio en la ciudad de San Lorenzo, provincia de Santa Fe.

Luego de varios tratamientos para poder quedar embarazada mediante tratamientos de fertilización en España, Argentina y Estados Unidos, de haber perdido un embarazo y de intentar, sin éxito, adoptar, la Sra. E.F.S.G. y el Sr. J.A.G.G. acudieron a la República de la India a fin de celebrar un contrato de maternidad subrogada, como consecuencia de lo cual nació C.E.G.S.G., que es inscripta en el registro correspondiente de la ciudad de Nueva Delhi.

Los padres genéticos de C.E.G.S.G., es decir, la Sra. E.F.S.G. y el Sr. J.A.G.G., posteriormente a que la mujer gestante expresara su deseo de ceder todos los derechos de maternidad sobre la niña, propio del contrato de maternidad subrogada, se presentaron ante la Sección Consular de la Embajada de Argentina con sede en Nueva Delhi y se les comunicó que no podían inscribir a la niña con motivo de que la madre no reside en su país nativo.

La Sra. E.F.S.G. promovió medida autosatisfactiva, a fin de que se ordene la inmediata inscripción de su hija en el Libro de las Personas, otorgándole el Documento Nacional de Identidad, el Pasaporte argentinos y la documentación en

copia certificada por dicha Legación Argentina, que fuere necesaria para la inscripción de la niña en el Registro Civil de la ciudad de San Lorenzo.

El juez, haciendo referencia al principio de celeridad para obtener lo justo debido en tiempo útil, oportuno, teniendo en cuenta que se encuentran conculcados derechos de raigambre internacional incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22) y que atentan contra el superior interés del niño, resuelve ordenar al poder ejecutivo nacional (ministerio de relaciones exteriores, comercio internacional y culto y/u organismo que corresponda) a que en el plazo de 3 días hábiles inscriba a C.E.G.S.G., hija de la Sra. E.F.S.G. y el Sr. J.A.G.G., argentina nativa.

Se trata de un caso en el que primó el interés superior del niño, fundándose en la ley 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, respetando sus derechos fundamentales, ponderando el valor persona humana, resaltando la dignidad humana, todos ellos consagrados en tratados internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

En el año 2015, el Ministerio de Salud de India, a fin de desvinculase del turismo procreativo, pidió vetar la maternidad subrogada para personas extranjeras y el Ministerio de Asuntos Externos de India establece como exigencia nuclear la conformación de un matrimonio heterosexual con una mínima duración de 2 años<sup>31</sup>, lo que implica un valladar más para la celebración de contratos de maternidad subrogada en ese país, lo cual no implica el fin del turismo procreativo, pero sí un límite.

En este sentido, otra noticia que impactó recientemente fue un fallo en el que la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció respecto de la causa "Paradiso y Campanelli vs. Italia"<sup>32</sup> sosteniendo que no resulta violatorio al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8) consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos, la decisión por parte de los tribunales italianos, de la quita a los

---

<sup>31</sup>Viar Ludmila Andrea, "India y otros países ponen un freno al turismo reproductivo", *El Derecho*, 2015.

<sup>32</sup>Lafferrière Jorge Nicolás, "Importante fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la maternidad subrogada", *El Derecho*, 2017.

comitentes de la tenencia de un niño nacido como consecuencia de la celebración de un contrato de maternidad subrogada con una mujer en Rusia, a través de un centro médico, por no poseer vínculo biológico con el nacido<sup>33</sup>.

## VI. La explotación de la mujer y la cosificación del niño

Usualmente son mujeres que atraviesan condiciones socioeconómicas adversas<sup>34</sup>, a las que se reduce a una incubadora, a un envase, instrumentalizándolas, encontrándose el cuerpo humano fuera del comercio<sup>35</sup>, menoscabando su dignidad, transformándola en un medio para alcanzar un fin, sin detenerse en su persona de manera integral<sup>36</sup>.

¿Qué sucede entre la madre subrogante y el concebido durante los nueve meses de gestación? Se soslaya la conexión entre la madre subrogante y el *nasciturus* a pesar de que existen teorías que sostienen que el embrión establece con la madre, en este caso subrogante, una comunicación bioquímica, inmunológica y genética<sup>37</sup>.

Resulta interesante la mención que hizo el Dr. Di Pietro en el *Manual de Derecho Romano*, en el que señala que “mientras el concebido esté en el vientre de la madre se lo considera no como una individualidad sino como una parte de la mujer”<sup>38</sup>

En gran cantidad de países la maternidad subrogada es ilegal<sup>39</sup> y arguyen que supone una forma de trata<sup>40</sup> y explotación de las mujeres<sup>41</sup>.

---

<sup>33</sup>Ver:[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["25358/12"\],"documentcollectionid2":\["GRAND CHAMBER"\],"itemid":\["001-170359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>34</sup>Eleta Juan Bautista, “Alquiler de vientres en India: una experiencia en primera persona”, *El Derecho*, 2016.

<sup>35</sup> Marrama Silvia, La justicia declara la validez de los actos extrapatrimoniales de subrogación de vientres, ED, N° 13.837, Bs As, 2015

<sup>36</sup>Eleta Juan Bautista, “Alquiler de vientres en India: una experiencia en primera persona”, *El Derecho*, 2016.

<sup>37</sup>Ver:<http://www.observatoriobioetica.org/2015/09/embrión-humano-y-su-madre-el-dialogo-entre-ambos-se-amplia-al-area-genomica/9897>

<sup>38</sup> Di Pietro Alfredo, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Lexis Nexis, Bs As, p. 105.

<sup>39</sup>Eleta Juan Bautista, “Alquiler de vientres en India: una experiencia en primera persona”, *El Derecho*, 2016.

<sup>40</sup> Artículo 6 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

<sup>41</sup> Ver: CFR <http://centrodebioetica.org/2012/07/las-abusivas-clausulas-de-los-contratos-de-alquiler-de-vientre-en-india/>

Resulta curioso que del don de la maternidad<sup>42</sup>, proceso biofisiológico y psíquico<sup>43</sup>, y de la misión trascendente de engendrar y de cuidar la vida que la mujer recibió de Dios<sup>44</sup>, se haga una actividad económicamente rentable.

Se entrega al niño como una mera mercancía, un producto que forma parte de una transacción comercial, cosificándolo<sup>45</sup>, coartándole la posibilidad de conservar el vínculo creado con la mujer que lo gestó y lo dio a luz<sup>46</sup>.

“La serie de aberraciones que todo ello supone y qué tipo de sociedad humana puede plasmarse a poco que el egoísmo latente en todo ser aflore en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos decidan eximirse de las cargas de la maternidad desplazándolas sobre las nuevas esclavas portadoras en sus senos de los hijos ajenos, a cambio de la superación de su indigencia: ¡he ahí la prostitución de la maternidad transitoria con todo el cortejo degradante de los comisionistas y de los auxiliares profesionales!”<sup>47</sup>

Frente a esta realidad me planteo, ¿estaremos en presencia de la esclavitud del siglo veintiuno?

La vulnerabilidad atraviesa tanto a las mujeres subrogantes como a las niñas y niños involucrados en esta técnica.

Tal como menciona el preámbulo de la convención sobre los derechos de los niños, la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Requiere de una especial protección en virtud de su vulnerabilidad.

Ello implica que, para el juez, pronunciarse prudencialmente respecto de casos de maternidad subrogada, sea un gran desafío.

Anteriormente se mencionó que dadas las características del contrato en cuestión y de la normativa del derecho argentino vigente, el magistrado debe declarar la nulidad absoluta, que no puede sanearse. Ahora bien, ¿cómo resolverlo?

---

<sup>42</sup> Ver: CFR <http://www.aica.org/20301-la-maternidad-un-don-maravilloso-de-dios-que-debe-ser.html>

<sup>43</sup> Ver: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19880930\\_rattinger-mulieris\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19880930_rattinger-mulieris_sp.html)

<sup>44</sup> Mensaje de monseñor Antonio Marino, obispo de Mar del Plata, con motivo del Día de la Madre (18 de octubre de 2015), disponible en: <http://www.aica.org/documentos-s-TW9ucy4gQW50b25pbyBNYXJpbm8=-4954>

<sup>45</sup> Según la Real Academia Española, el término “cosificar” significa reducir a la condición de cosa a una persona. Ver: <http://dle.rae.es/?id=B58litz>

<sup>46</sup> Ver: CFR <http://centrodebioetica.org/2012/09/el-alquiler-de-vientre-una-forma-de-explotacion-de-la-mujer-y-cosificacion-del-nino/#pto5>

<sup>47</sup> Llambías, Jorge J., La fecundación humana in vitro, ED, 79-896, V, citado en Sambrizzi Eduardo A., “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)”, *El Derecho*, 2013.

El Dr. Atilio Alterini mencionó en una oportunidad que si el derecho ignora la realidad, la realidad no se detiene<sup>48</sup>. En consecuencia, resulta de vital importancia que los operadores jurídicos tengan presente a la vulnerabilidad y al interés superior del niño como eje y un fin tuitivo, que es proteger al más débil.

La vida humana no es mero material biológico disponible<sup>49</sup>, que puede ser manipulada en pos de cumplir un deseo personal.

¿Cuál es el límite de la libertad individual? ¿Existe? De ser así, ¿Cuál es el límite de la voluntad procreacional?

## VI. Reflexión final

Hemos perdido el origen y por ende, la meta. Es lamentable la indiferencia que se manifiesta en nuestros días por el prójimo, ya que denota la pérdida del sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el que se funda toda sociedad<sup>50</sup>

Es por ello que resulta de vital importancia redescubrir los valores esenciales de la vida, haciendo un llamado al cuidado de la misma, que es recibida naturalmente como un don gratuitamente, confiando en el porvenir y en el ser humano.

Si bien resulta difícil detenernos para mirar hacia donde nos dirigimos, ya que vivimos inmersos en la cultura del éxito, de lo fácil, de lo inmediato, de lo superficial, de lo productivo, de lo redituable y de la fugacidad, vale la pena enfrentar este desafío, generar la cultura del cuidado de la originalidad de la vida y de la existencia, reafirmando la dignidad<sup>51</sup> y el valor de la persona humana.

Este es sin dudas un desafío ético y la ética se basa siempre en los medios y no únicamente en los fines<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Según palabras de la Dra. Silvia Tanzi en las I Jornadas Rioplatenses de Derecho de las Obligaciones y Daños realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina los días 5 y 6 de noviembre del año 2015.

<sup>49</sup> Lafferrière Jorge Nicolás, “Embrión humano y bioderecho en las XXIV jornadas nacionales de derecho civil”, *Cuaderno jurídico de familia*, 2013 (44), p30.

<sup>50</sup> Francisco Papa, “Laudato sí: sobre el cuidado de la casa común”, Ed. Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, Bs As, 2015.

<sup>51</sup> Chiapero Silvana, *Maternidad subrogada*, Ed. Astrea, Bs As, 2012.

<sup>52</sup> Jornadas Nacionales de Ética Biomédica, Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, Bs As, 1999

Estamos frente a la oportunidad de concientizarnos como familia humana, de entender que nuestros deseos tienen límites, de comprender que la vida de todo ser humano inocente es inviolable.

Asimismo, resultaría iluminador reflexionar acerca de que la utilización de las personas en función de un deseo propio, no es moralmente bueno.

Una de las formulaciones del imperativo categórico de Kant consistía en obrar de manera que uno trate siempre a la humanidad como un fin y no como un medio.

Es un desafío que nos interpela a todos, a los Estados, a los operadores jurídicos, a los profesionales del arte de curar, y a cada uno de los que formamos parte de la familia humana, para concientizarnos de que del único modo en que la ciencia avanza, no es cuando fragiliza a los más vulnerables, sino cuando empodera a los más débiles, cuando se respeta y protege a la persona humana, cuando se reconoce su intrínseca dignidad y cuando se promueve el bien común.