

Bezic, Clara

¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente? La cuestión del alquiler de vientre internacional por personas del mismo sexo

Documento Inédito

Cátedra: Bioderecho

Facultad de Derecho

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

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

Cómo citar el documento:

Bezic, C. (2013). ¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente? La cuestión del alquiler de vientre internacional por personas del mismo sexo [en línea] Documento inédito perteneciente a la asignatura Bioderecho de la carrera de grado de Abogacía.. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/puede-haber-dos-padres-bezic.pdf> [Fecha de consulta:]



UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA - FACULTAD DE DERECHO
CÁTEDRA DE BIODERECHO

¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente? La cuestión del alquiler de vientre internacional por personas del mismo sexo.

Autor: Clara Bezic

El presente trabajo se realizó en el marco de la asignatura Bioderecho bajo la supervisión de los profesores Jorge Nicolás Lafferriere y Leonardo Pucheta

ABSTRACT

La homoparentalidad producto del alquiler de vientre internacional suscita nuevos escenarios y dilemas éticos que se plantean no sólo frente a la célula básica de la sociedad que es la familia, sino principalmente, frente a los derechos del niño. Este ensayo buscará analizar las implicancias ético-jurídicas del alquiler de vientre internacional, la respuesta de la legislación argentina vigente y las consecuencias que conlleva este método de reproducción asistida frente a la nueva vida engendrada, a la luz de la doctrina nacional e internacional.

PLAN

- Introducción (Planteo de la cuestión de la homoparentalidad. Caso de la jurisprudencia y breve mención de los distintos argumentos en torno a la hipótesis planteada).

- Desarrollo (exposición de las distintas posturas doctrinarias y análisis de la legislación argentina).
- Conclusión (breve síntesis de lo expuesto, respuesta a la hipótesis inicial y conclusión personal).

¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente?

La cuestión del alquiler de vientre internacional por personas del mismo sexo.

I- Introducción

La nueva ley 26.618 de matrimonio civil ha tenido gran incidencia en cuanto a las normas filiatorias frente a la pretensión de personas del mismo sexo de concebir un hijo por medio de técnicas de procreación artificial. En el afán de imponer la neutralidad de género, no se resolvieron las cuestiones que derivan de dicha reforma, como la filiación. El art. 36 de dicha ley introdujo disposiciones de carácter registral, que permiten la inscripción del niño como hijo de cónyuges de un mismo sexo, pero no hay una verdadera voluntad de legitimar la doble maternidad o paternidad, ya que no hubo modificaciones en las normas filiatorias y por ende se aplican las del Código Civil. En consecuencia, se plantean cuestiones no previstas por la ley 26.618 (por medio de la cual se busca legitimar la inscripción como hijos matrimoniales de los niños concebidos por técnicas de procreación artificial), como el caso que expondré.

Las técnicas de procreación artificial son el “conjunto de procedimientos técnicos ordenados a la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual entre varón y mujer”¹. En cuanto a las técnicas de reproducción heterólogas, son aquellas que “recurren a la dación de gametos para obtener la fertilización”². Cabe advertir la diferencia entre el uso del término “dación” y no “donación”, ya que conforme la postura de **Jorge N. Lafferrière**³, “en la mayoría de los casos la entrega

¹ **LAFFERRIÈRE, Jorge N.**, “Filiación, técnicas de procreación artificial y ley 26.681”, Presentación en Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2010. Pág. 1

² Ibid., Pág. 2

³ Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

de los gametos se hace contra una prestación dineraria, de tal manera que no resulta aplicable el término donación, caracterizado por la gratuidad y la liberalidad de una parte a la otra”⁴. La técnica del alquiler de vientre es “el acuerdo -ilícito- por el cual se conviene (gratuita u onerosamente) con una mujer, la gestación en su seno de un niño (cuya fecundación puede ser intracorpórea o extracorpórea, con su propio ovocito o no) para que una vez dado a luz, el niño sea entregado a quien se lo encomendó.”⁵

El alquiler de vientre en la Argentina conforme la legislación vigente es un contrato nulo por su objeto, y punible conforme el art. 139 del Código Penal Argentino, que establece pena de prisión “para aquel que por un acto cualquiera hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años”. De manera que se recurre al alquiler de vientre internacional, que se lleva a cabo por medio de planteos en sede administrativa y judicial en Argentina, a través de los cuales se pretende arribar a una validación judicial frente al vacío legal actual.

II- El caso “Tobías” y la nueva regulación de alquiler de vientres en la India

En el año 2012 cobró notoriedad un caso de alquiler de vientre en la India, donde este tipo de contrato es de práctica común, producto del cual se anotó al primer niño con dos padres hombres de nacionalidad argentina, llamado Tobías.

Los cónyuges (conforme la ley 26.618) contactaron a una clínica de Nueva Delhi a través de la práctica conocida como de “turismo médico”. Se llevó a cabo la fertilización del óvulo de una donante con esperma de uno de los cónyuges, para luego implantar el embrión en la madre portadora de origen indio. La cuestión se originó al momento de regresar con el niño recién nacido a la Argentina, puesto que la India no le otorga nacionalidad, por lo tanto hacía falta que la Argentina le reconociera nacionalidad y filiación para poder traerlo mediante una orden judicial.

El caso fue de especial relevancia por sentar el precedente de la copaternidad producto del alquiler de vientre, con el fallo de la jueza Liberatori en lo Contencioso

Argentina. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Buenos Aires. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Profesor de Bioderecho – Maestría en Ética Biomédica (Instituto de Bioética, UCA). Ex-Secretario Académico de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

⁴ Ibid., Pág. 2

⁵ GROSSO, Claudio, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217.

Administrativo y Tributario de la CABA, que hizo lugar al amparo interpuesto por los cónyuges, homologó el acuerdo judicial entre las partes y ordenó a la Cancillería a inscribir al niño como ciudadano argentino hijo de ambos hombres.⁶ En relación a este caso se dictó también la Resolución 38/12 de la Subsecretaría de Justicia de la CABA, mediante la cual se instruyó a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que *“en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as (...)”*.⁷

Como se puede deducir del caso, y conforme **C. Grosso**⁸, la estrategia administrativa y judicial para lograr la inscripción del niño tiene dos líneas argumentativas. En primer lugar, se basa en una cuestión de fondo arguyendo que todo lo que no está prohibido está permitido. Al no haber una contemplación expresa de la materia en la legislación vigente, el alquiler de vientres con el objeto de gestar niños para terceros no estaría prohibido. Sin embargo, el autor rechaza este punto de vista ya que no hace falta una prohibición específica de tal contrato en tanto hay normas que contemplan la sanción y prohibición de dicha práctica, que violaría el orden público. En segundo lugar, la otra razón sería la urgencia de adoptar medidas judiciales para otorgarle al niño una nacionalidad, dada la negativa por parte del país extranjero de otorgarle la propia. Siguiendo esta línea interpretativa, ambas vías buscan una validación judicial indebida del alquiler de vientre internacional. Se vulnera el orden público argentino convalidando actos ilegítimos, prohibidos y sancionados por la ley expresamente, que impide la comercialización sobre personas.⁹

⁶ **CARBAJAL, Mariana**, “Tobías, entre sus dos padres y la burocracia”. Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-197878-2012-07-04.html>, (28/05/2013); “Los hombres que serán padres”; Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/190585-58400-2012-03-28.html>, (28/05/2013) ; “La batalla por la paternidad”, Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183627-2011-12-18.html>, (28/05/2013).

⁷ **GIL DOMÍNGUEZ, Andrés**, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.

⁸ **CLAUDIO GROSSO**. Abogado (UCA), Profesor Adjunto de Introducción al Derecho y de Formación del Pensamiento Jurídico-político de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica Argentina. El presente artículo es una adaptación realizada por el autor de un capítulo contenido en una tesis presentada en la Maestría de Derecho Empresario Económico de la Universidad Católica Argentina.

⁹ **GROSSO, Claudio**, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217.

Ahora bien, recientemente, el Ministerio del Interior de la República de la India resolvió limitar la contratación de vientres de mujeres indias por parte de extranjeros, exigiendo que se trate de parejas heterosexuales con al menos dos años de matrimonio que ingresen con una vista médica y ya no turística a la India. Por otra parte, exige que el contrato de alquiler de vientre podrá llevarse a cabo únicamente si el mismo fuera aceptado por la legislación del país de origen de los locatarios. También se disponen normas de protección para las mujeres indias que contraten en estos términos, como su edad, que deberá ser entre 21 y 35 años, y que el tratamiento deberá realizarse en clínicas debidamente reconocidas por la autoridad de control. Esta nueva regulación no sólo ampara los derechos de las mujeres muchas veces explotadas y víctimas de este mercado de gametos sino que restringe la práctica al ámbito de los matrimonios heterosexuales.

III - Valoraciones acerca de la legitimidad del contrato

Cabe valorar si este tipo de contratación vulnera o no el orden público, conforme la legislación argentina vigente. El art. 953 del Código Civil establece que *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, (...) o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto.”*

De acuerdo a **Grosso**, un contrato de la mencionada naturaleza sería nulo por vicio en el objeto. En primer lugar, tendría por causa material tanto a la mujer madre como al niño, y así como está prohibida la manipulación de órganos, está prohibida la de seres humanos, de manera que el objeto del contrato estaría fuera del comercio.¹⁰ Por otra parte, la afectación de la dignidad tanto de la mujer como del niño es un perjuicio evidente y contrario a las buenas costumbres. La dignidad personal del niño se ve vulnerada en tanto se lo cosifica como objeto del contrato y por el cual se paga un precio.¹¹ **A. Pastore**¹², sustentando el último punto, arguye que este tipo de

¹⁰ **GROSSO, Claudio**, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217.

¹¹ **LAFFERRIÈRE, Jorge N.**, “Filiación, técnicas de procreación artificial y ley 26.681”, Presentación en Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana,

contratos acaba por considerar al niño una “cosa debida”, producto de la voluntad procreacional como fuente filiatoria y parental, excluyendo elementos esenciales de su personalidad en detrimento de sus derechos fundamentales, entre ellos la identidad, la igualdad, el derecho a la presencia maternal y paternal y la vinculación generacional.¹³

La copaternidad producto del alquiler de vientre priva al niño de un pleno desarrollo emocional, intelectual y psicológico, y de su derecho al vínculo materno. La pareja homosexual no puede brindar los roles de padre y madre y la diversidad de ambos roles es necesaria para el desarrollo del niño. Diversos estudios han demostrado que la mejor regla de crianza para los niños es aquella de la familia estable de los padres biológicos.¹⁴ La necesidad del niño de sentirse querido y contenido en el contexto de una familia formada por padre y madre le permitirán desarrollarse de manera sana, evitando los traumas que genera el saberse producto de un contrato y de una transacción dineraria.

Por oposición, **A. Gil Domínguez**¹⁵ considera que la filiación y la parentalidad se fundan en una realidad ya no genética sino socio-afectiva, y en consecuencia, en la voluntad procreacional de los cónyuges incapaces de procrear naturalmente. Por lo tanto, sostiene la legitimidad del contrato de alquiler de vientre y por ende su protección, de manera que “(...) *el Estado no podrá oponer ninguna clase obstáculo que impida ejercer plenamente el derecho a la no discriminación por motivo de la*

Familia y Sucesiones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2010.

¹² **ANALÍA PASTORE**. Abogada, Profesora de Filosofía del Derecho, Derecho de Familia y Derecho Sucesorio en la Facultad de Derecho de la UCA.

¹³ **PASTORE, Analía G.**, “La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil”, Revista Prudentia Iuris 74, Diciembre de 2012, págs. 41-56.

¹⁴ **GROSSO, Claudio**, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217. Pág. 5.

¹⁵ **ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ**. Abogado y Doctor en Derecho con tesis recomendada al Premio Facultad de la Universidad de Buenos Aires. Posdoctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Regular Adjunto de la materia Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de Doctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de Doctorado de la Universidad de Salamanca (España). Profesor Regular Titular de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa). Profesor Titular Interino de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Investigador visitante de la Universidad Autónoma de México y de la Universidad de Salamanca. Investigador I+D de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca (España). Postgrado en Justicia Constitucional (Universidad Carlos III, España). Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional Profundizado (Facultad de Derecho, UBA). Director de los Cursos Intensivos en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (Facultad de Derecho, UBA).

*orientación sexual de las personas vinculado al deseo de ser padres.”*¹⁶. Fundándose en el reconocimiento de derechos matrimoniales a personas del mismo sexo otorgado por la ley 26.618, el autor sostiene una interpretación del principio *pro homine* que otorga el mismo reconocimiento de derechos y garantías a las parejas homosexuales y heterosexuales, en consecuencia, el derecho “fundamental y humano” de conformar una familia.

Es notable observar la expresión que utiliza el constitucionalista **Gil Domínguez** para referirse a la causa fuente de la nueva vida: el deseo. La concepción antropológica del autor fundada en la voluntad procreacional como origen de la vida, disocia sexualidad de procreación y paternidad de paternalidad¹⁷, elementos que confluyen en el orden natural de la concepción, en desmedro de los derechos del niño. Compartimos la postura de **Pastore** afirmando que *“la mera voluntad unilateral expresada no configura ninguna paternidad ni vínculo de filiación alguno. El deseo de paternidad no es más que eso mismo, un deseo, y vale como tal, no como título jurídico.”*¹⁸ En la misma línea, afirma **U. Basset**¹⁹ que la postura que se apoya en la intención como lo determinante para calificar un acto jurídico no se condice con la teoría del derecho, puesto que *“los actos se califican por su objeto y circunstancias; no por la intención”* y destaca que *“la voluntad procreativa, en la medida en que se desplaza al ámbito de la voluntad adultocéntrica la aceptación o no de los deberes de orden público emergentes de la responsabilidad parental, supone menoscabar los derechos de los niños a que sus progenitores asuman las obligaciones que tienen*

¹⁶ **GIL DOMÍNGUEZ**, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.

¹⁷ **PASTORE**, Analía G., “La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil”, Revista Prudentia Iuris 74, Diciembre de 2012, págs. 41-56.

¹⁸ **GROSSO**, Claudio, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217. Pág. 3.

¹⁹ **URSULA C. BASSET**. Abogada (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (Ph.D. – UCA) Profesora con Dedicación Especial a la Investigación. Miembro del Comité Directivo de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family. Miembro electivo del Comité Ejecutivo de la International Society of Family Law. Miembro del Inst. de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro de la Subcomisión sobre Régimen Patrimonial del Matrimonio de Redacción del Proyecto de Reformas del Código Civil Argentino (2012). Premio Accésit de la Academia Nacional de Derecho 2012. Líneas de Investigación: Nuevos horizontes sociales y científicos e incidencia en el parentesco y relaciones jurídicas de familia; Autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; Autonomía progresiva de la niñez en áreas biomédicas y relaciones de familia.

para con ellos, violando las garantías asumidas por el Estado en los arts. 3.2, 5 y 27 inc. 2 y 3 de la CDN.”²⁰

IV- Derechos del niño. Su protección en el Derecho Internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, ya en su Preámbulo destaca que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales.”* En su art. 3 establece que habiendo derechos en conflicto, primarán los derechos del niño sobre los de los adultos. Además, el art. 7 protege su derecho a la identidad y *“en la medida de lo posible”* a conocer a sus padres. Por otra parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos reconoce en su art. 17 el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer para formar una familia, y también que en caso de disolución del mismo, las decisiones que se tomen deberán ser sobre *“la base única del interés y conveniencia de ellos.”* Conforme a lo expresado, el derecho internacional al que adhiere y otorga jerarquía constitucional la Argentina, protege los derechos fundamentales del niño en tanto les otorga consideración especial por su especial vulnerabilidad.

Basset considera que la ley 26.618 y las posiciones que se tomen en torno a sus efectos en la determinación de la filiación, impactan en el derecho a la identidad del niño. El realineamiento de parentesco producto de la concepción a través de la donación de gametos supone la intencionalidad de los “padres de crianza” de censurar la identidad genotípica-fenotípica del niño. De hecho, la autora compara cómo en el caso de la adopción, existen construcciones jurídicas que obligan a los padres adoptantes a informar sobre la existencia de los progenitores aun cuando los niños decidan no conocerlos, mientras que en el caso de la procreación asistida, los “padres de crianza” no están obligados a informar al niño acerca de la existencia de sus progenitores biológicos. Así las cosas, la autora habla de “robo tecnológico de generaciones” y “huérfanos genéticos” puesto que considera que como se puede

²⁰ **BASSET**, Úrsula C., Ponencia sobre el “Derecho a la unidad identitaria”, pág. 5

suprimir el historial de la identidad del niño, existe una manipulación y segmentación de su identidad, especialmente en los casos de alquiler de vientre, donde la identidad del niño es fragmentada y realineada en diversos linajes.²¹

Asimismo, **Basset** sostiene que se crea una nueva forma de discriminación, que genera sufrimiento en el niño por la supresión intencional de etapas de su identidad por parte de los “padres de crianza”. Estos niños producto de técnicas de procreación artificial pierden una dimensión genotípica- fenotípica, ya no como producto de la falta de posibilidad de sus progenitores biológicos de criarlos, como es el caso de la adopción, sino como consecuencia de la intención expresa de los pretensos padres, plasmada en un contrato. De esta manera, en miras a completar la realización personal, se priva al niño de tener una crianza enriquecida por un padre y una madre. Siguiendo la comparación entre los derechos de los niños concebidos por vía natural y aquellos concebidos por técnicas artificiales, cabe destacar el desamparo en que se encuentran estos últimos. Mientras que la adopción busca el bienestar del niño por medio de una “dinámica paidocéntrica”, donde hay un gran control por parte del Estado sobre los candidatos a ser padres del niño en cuestión, en la procreación artificial existe una dinámica inversa. Se busca, como consecuencia de la voluntad procreacional adulta, satisfacer el deseo cuyo objeto es el niño, de manera que su obtención será el resultado de una realización personal. Asimismo, la falta de control del Estado sobre los candidatos a la procreación artificial deja desprotegidos a los niños frente a la pretensión adulta. Citando a la jurista santafesina Magdalena Galli Fiant, **Basset** alude a la diferencia de derechos a la que se sometería a los niños si se incorporara la voluntad procreacional como fuente filiatoria, en alusión a la ley 26.618. Existiría un trato divergente en el reclamo de derechos filiatorios, puesto que los niños concebidos por vía natural podrían reclamar el emplazamiento de la paternidad, mientras que los concebidos por vías artificiales deberían “conformarse” con no tener padre o madre, no pudiendo establecer un vínculo jurídico.²² Este caso, de evidente discriminación de los niños concebidos por técnicas de procreación artificial, expone la restricción de derechos de los niños como consecuencia de la voluntad procreacional irrestricta.

²¹ Ibid., págs. 1-4

²² Ibid., págs. 4-7

Gil Domínguez sostiene una posición contraria, sosteniendo que la dignidad de los padres es la que se vería violada, dando lugar a la discriminación, de no otorgarse los mismos derechos a partir de la *“sexualidad elegida y ejercida”* y concluye que *“por ende, todas las personas tienen derecho a concebir un hijo conforme a la situación que su orientación sexual determine, de lo contrario el avance progresivo y pro homine de la ley de matrimonio igualitario se vería burlado...”*. El constitucionalista se ampara en los derechos de los padres dejando de lado aquellos del niño concebido por técnicas artificiales, fruto de lo que considera la *“genuina expresión de la voluntad procreacional y del amor filial”*. Es interesante resaltar la expresión del autor en torno a la inscripción registral de un niño concebido por una pareja homosexual, aludiendo a que respondería al *“interés superior del niño”* en el caso de aquellos concebidos por alquiler de vientre en India donde no se les reconoce la nacionalidad. Es destacable como el autor en este caso hace referencia al interés del niño en cuanto a su derecho a la nacionalidad, pero ignora hacer referencia a su derecho fundamental a la identidad y a la dignidad humanas, que son violados por las técnicas en cuestión.²³

V – El alquiler de vientre internacional en el Proyecto de Código Civil 2012

El proyecto de reforma del Código Civil pretende legalizar el contrato de alquiler de vientre internacional, sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, y se lo denomina *“gestación por sustitución”*. Supone *“el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución (...) La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial (...)”* Contempla, sin embargo, que la gestante no cobre ninguna retribución.

Por lo ya expuesto, un contrato de este tipo no solo sería nulo por su objeto sino además llevaría a la comercialización de las personas, tanto de la madre como del

²³ **GIL DOMÍNGUEZ**, Andrés, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.

nasciturus. Esta ley sería contraria a la moral y por ello en la vía judicial el juez debería declarar todo contrato de esta especie de nulidad absoluta.²⁴

VI- Contexto internacional y legislación comparada: la ley de matrimonio igualitario en Francia y la cosificación del niño

Recientemente en Francia se sancionó la ley de matrimonio homosexual “Mariage pour Tous” que permite el matrimonio y la adopción a personas del mismo sexo. Hasta la entrada en vigencia de dicha ley en el mes de mayo del corriente año, las uniones homosexuales eran uniones civiles que se regían por el PACS o Pacto de Solidaridad Civil, vigente desde 1999, que no reconocía derechos de adopción. Se ha hecho eco de las manifestaciones parisinas en contra de dicha ley en todo el mundo, de manera que me limitaré a exponer los principales postulados de aquellos que se oponen a la cosificación de los niños como consecuencia de dichas normativas. En el texto de una carta dirigida a los legisladores franceses por parte de juristas internacionales, entre ellos algunos argentinos (Roberto ANDORNO, Carlos MAHIQUES, Horacio SÁNCHEZ DE LORIA), durante el debate de la ley de matrimonio igualitario, se expuso la principal preocupación de los juristas internacionales: la cosificación de los niños. Si bien el texto se refiere a la temática de la adopción por parte de parejas homosexuales, los principios en él contenidos rigen en general a favor de los niños fruto de la voluntad procreacional adulta. Se exponen tres principios universales fundados en la “Declaración de La Haya sobre la Protección de Menores” y en la “Convención de Nueva York de los Derechos del Niño”, a saber: 1) que la familia está formada por un padre y una madre, 2) que el niño tiene derecho a una familia y 3) que el interés superior del niño debe estar garantizado por la sociedad. Los juristas concluyen que la tentación de poseer al otro es una amenaza recurrente de la especie humana, y dicha tentación en el orden de la procreación toma la forma del “derecho a adoptar, a tener un hijo, a fabricar un hijo, a

²⁴ **NASAZZI RUANO**, Fernando J., Informe: “El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012”, <http://centrodebioetica.org/2012/10/el-alquiler-de-ventre-internacional-en-el-proyecto-de-codigo-civil-2012/> (Consultado el 29/04/2013).

tener tal o cual hijo, e incluso el derecho a clonar...”. Se trata de tendencias contrarias a los derechos humanos y llevadas a un extremo, de neo-esclavitud humana.²⁵

VII – Conclusión

Junto a **U. Basset** nos preguntamos: ¿Es el niño un objeto pulsional del adulto?²⁶ El atropello a los derechos a la identidad y dignidad humana como consecuencia del avance ilimitado de la ciencia, en relación a las técnicas de procreación artificial, genera la disociación de los elementos que integran el orden natural de la procreación y transmisión de la vida, atentando contra los mismos derechos humanos que se invocan para justificar dichas técnicas. Cuando la ley es injusta y no se funda en la moral, no es derecho, y surgen cuestiones que en el plano de la realidad y la casuística perjudican a los mas débiles y desprotegidos, que son los niños.

La falta de una regulación clara y concreta a partir de la ley 26.618 en materia de filiación suscita una laguna legal que permite que se vulnere el orden público, por lo tanto hace falta que se legisle en pos del bien común y velando por la protección de los derechos de los más desprotegidos. Es vital que en materia de técnicas de procreación artificial y de filiación se tenga como centro el interés superior del niño y se proteja su integridad y su identidad. Las relaciones de filiación no pueden quedar a merced de la voluntad subjetiva, buscando legitimar como hijos matrimoniales a niños concebidos a través de técnicas artificiales por uniones de personas del mismo sexo. La filiación responde al vinculo biológico producto de la concepción antropológica que reconoce en la persona las dimensiones de cuerpo y alma.²⁷ Desafortunadamente, la tendencia actual vela por los intereses de los pretensos padres valiéndose de un mercado e intereses económicos, contrarios a la gratuidad en la transmisión de la vida, dejando de lado los derechos del niño por nacer y

²⁵ **LA MANIFESTATION POUR TOUS**, “Adoption: Attention a la reification des enfants.” (“Adopción: Atención a la cosificación de los niños” – Artículo en el marco de las manifestaciones en Francia en contra del la ley de matrimonio homosexual que confiere derechos de adopción) Publicado en: <http://www.lamanifpourtous.fr/es/toutes-les-actualites/169-adoption-attention-a-la-reification-des-enfants>, (30/04/2013).

²⁶ **BASSET**, Úrsula C., “Derecho a la unidad identitaria”, pág. 7

²⁷ **LAFFERRIÈRE, Jorge N.**, “Filiación, técnicas de procreación artificial y ley 26.681”, Presentación en Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2010. Pág.18

convirtiéndolo en un niño- objeto, así como también dando lugar a un modo de explotación de la mujer.

Compartimos la postura expresada por los juristas internacionales en su carta al Parlamento francés, y sostenemos, junto **C. Grosso**, que nada distingue la actual cosificación del niño como objeto de un contrato, de la cosificación de los hombres víctimas de la compraventa de esclavos, abolida hace 200 años por la Asamblea de 1813, y eliminada como institución por la Constitución Nacional.²⁸

BIBLIOGRAFÍA

- **BASSET, Úrsula C.**, Ponencia sobre el “Derecho a la unidad identitaria”
- **GIL DOMÍNGUEZ, Andrés**, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 2012-B, pág. 1251.
- **GROSSO, Claudio**, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217.
- **NASAZZI RUANO, Fernando J.**, Informe: “El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012”, <http://centrodebioetica.org/2012/10/el-alquiler-de-ventre-internacional-en-el-proyecto-de-codigo-civil-2012/> (Consultado el 29/04/2013).
- **LAFFERRIÈRE, Jorge N.**, “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, Vida y Ética, año 11, no 1, Buenos Aires, (junio, 2010).
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tecnicas-procreacion-artificial-heterologas.pdf> (Consultado el 29/04/2013)

²⁸ **GROSSO, Claudio**, “El alquiler de vientre: su ilegitimidad”, Revista DFyP (2013), 01/04/2013, pág. 217. Pág. 6.

- **LAFFERRIÈRE, Jorge N.**, “Filiación, técnicas de procreación artificial y ley 26.681”, Presentación en Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones en el *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2010.
- **PASTORE, Analía G.**, “La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil”, *Revista Prudentia Iuris* 74, Diciembre de 2012, págs. 41-56.
- **LA MANIFESTATION POUR TOUS**, *Adoption: Attention a la reification des enfants*. (“Adopción: Atención a la cosificación de los niños” – Artículo en el marco de las manifestaciones en Francia en contra del la ley de matrimonio homosexual que confiere derechos de adopción) Publicado en: <http://www.lamanifpourtous.fr/es/toutes-les-actualites/169-adoption-attention-a-la-reification-des-enfants>, consultado el 30/04/2013.
- **CARBAJAL, Mariana**, “Tobías, entre sus dos padres y la burocracia”. Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-197878-2012-07-04.html> , 28/05/2013.
- **CARBAJAL, Mariana**, “Los hombres que serán padres”. Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/190585-58400-2012-03-28.html>, 28/05/2013.
- **CARBAJAL, Mariana**, “La batalla por la paternidad”, Publicado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183627-2011-12-18.html> , 28/05/2013.