

Título: [¿Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial](#)

Autores: Viar, Ludmila - Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: *DFyP 2015* (noviembre), 04/11/2015, 220

Cita Online: [AR/DOC/3193/2015](#)

Sumario: I. Introducción. — II. Hechos de la sentencia analizada. — III. Argumentos de la sentencia analizada. — IV. Análisis de dos casos previos sobre gestación por sustitución. — V. La sentencia y la interpretación del derecho aplicable. — VI. Otras reexiones sobre la nulidad del acuerdo de gestación por sustitución. — VII. Conclusión.

I. Introducción

En mayo de 2015, la juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102 dictó sentencia en los autos "C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M.L. s/IMPUGNACION DE MATERNIDAD" haciendo lugar a la acción que impugnó la maternidad establecida por el parto con fundamento en una prueba biológica y en el marco de un proceso de "gestación por sustitución" y emplazó a la requirente como madre en razón de haber aportado los óvulos utilizados para la concepción de la hija.

Se trata de una sentencia que afirma tomar en cuenta el interés superior del niño y que actúa a partir de hechos consumados: con la intermediación de una clínica de fertilidad, un matrimonio requirente encargó la concepción de embriones con gametos de la pareja y su transferencia a una mujer que se comprometió a entregar a la niña a su nacimiento. Este contrato, conocido generalmente como "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución", fue ejecutado materialmente, pero la determinación legal de la filiación se realizó a través de esta sentencia judicial que, de alguna manera, perfeccionó el contrato. La requirente que aportó el óvulo y su marido impugnan la maternidad y la madre gestante se allana lisa y llanamente a la acción.

Mientras que muchos de los casos planteados hasta el momento se referían a contratos de gestación por sustitución en países que admiten tal figura con la pretensión de inscribir al niño bajo las reglas de filiación de la Argentina [\(1\)](#), el presente caso constituye un supuesto en que todo transcurre en nuestro país. Igualmente, a diferencia de otros casos, en este supuesto no se trata de solicitar judicialmente la exigibilidad del contrato de gestación de sustitución o solicitar una autorización previa para hacer una gestación por sustitución, sino que aquí nos encontramos ante "hechos consumados" y acciones de impugnación y reclamación de maternidad bajo el amparo de las normas civiles vigentes [\(2\)](#).

En el presente comentario breve [\(3\)](#), realizaremos una síntesis de los hechos y los argumentos de la sentencia, haremos una sintética referencia a dos sentencias anteriores relacionadas con este fallo y concluiremos con algunas reflexiones orientadas a cuestionar un presupuesto asumido acriticamente por esta sentencia y por buena parte de la doctrina. Nos referimos a la pretendida inevitabilidad de la gestación por sustitución.

II. Hechos de la sentencia analizada

El señor C., F. A. y la señora C., M. C. luego de un tiempo de matrimonio buscan concebir un hijo. Ante la imposibilidad de C., M. C. de quedar embarazada, comenzaron a informarse acerca de las técnicas de gestación por sustitución implementadas en E.E.U.U. y en la India. Alegan que el alto costo que implicaba embarcarse en aquella empresa hizo que desistieran de su idea originaria. No obstante, el proceso fue llevado a cabo a raíz del ofrecimiento de la niñera del sobrino de C., F. A., llamada R. S., M. L.- con quien tenía un fuerte vínculo afectivo. La Sra. R.S., M.L. ofreció prestar su persona y capacidad gestacional para satisfacer el deseo frustrado del matrimonio. Para ello R. S., M. L. presta su vientre de forma gratuita, mientras que C., F. A. y C., M. C. prestan el material genético necesario.

Con el fin de ejecutar esta acción se utiliza la técnica de fertilización in vitro utilizando los gametos de C., F. A. y C., M. C., los cuales, una vez fecundados, son implantados en el vientre de R. S., M. L. "Fecunditas Medicina Reproductiva de Alta Complejidad" intervino en la realización de la fecundación in vitro.

Transcurrido el tiempo de gestación, R. S., M. L. da a luz a una niña, quien es reconocida por C., F. A. como su hija. La niña es inscripta como hija de la Sra. R.S. que da a luz. En cumplimiento de las normas vigentes, la menor no puede ser reconocida por C., M. C. por no ser quien había dado alumbramiento a la neonata.

A fin de perfeccionar la gestación por sustitución iniciada, se presentan C., F. A. y C., M. C. solicitando la impugnación de la maternidad de R. S., M. L. y el reconocimiento por parte de C., M. C. Concordantemente a la petición de la pareja, R. S., M. L. se allana.

III. Argumentos de la sentencia analizada

A partir del Considerando tercero, la jueza de primera instancia comienza con la exposición de los

argumentos que sustentan su decisión de hacer lugar a la acción de impugnación de maternidad de R. S., M. L. y emplazar a C., M. C. como madre de la niña nacida mediante subrogación de vientre.

El primer argumento esgrimido en la sentencia surge a partir de la invocación de ciertos artículos del Código Civil vigente a la fecha (ley 340). Según el art. 242 resulta ser indiferente para la determinación de la maternidad el carácter de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. De esta forma la jueza pondera el principio *partum sequitur ventrum* fundado en la objetividad del nacimiento. No obstante, considera que aquéllo no exime de la factible impugnación acerca de la maternidad detentada con motivo del parto. Concordantemente, el art. 261 del mismo cuerpo legal, establece la impugnación de la maternidad al decir "por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo". En consecuencia, y citando genéricamente corrientes doctrinarias que sustentan el argumento esgrimido por la magistrada, considera que este artículo puede aplicarse de forma analógica y extensiva para el caso de fertilización *in vitro* y subrogación de vientres. Adicionalmente, para sustentar este argumento, cita los arts. 558, 576, 577 y siguientes del Nuevo Código Civil y Comercial, los cuales prevén que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción admitiendo la impugnación de la filiación en los respectivos casos con las regulaciones y limitaciones pertinentes.

Por otra parte, explica que frente a las nuevas técnicas no pareciera existir conflicto cuando el material genético de una pareja es implantado a la misma mujer que aporta sus gametos. Por el contrario, afirma que cuando existe la subrogación se produce una ruptura del principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento. Para resolver esta cuestión de fondo se enumeran distintas posturas, dejando a salvo que la resolución del caso concreto excede a un debate abstracto sobre la subrogación, sino que se busca tutelar el interés superior de la niña en el caso concreto. La jueza en primer grado deja explícita su postura acerca del rechazo a la subrogación tan sólo en los casos donde se encuentre involucrada la implementación de contratos onerosos. Por ende, asume como admisibles estos acuerdos cuando estén fundados, citando doctrina, en el principio de solidaridad familiar o afectiva.

De hecho en el caso concreto, arguye, que no existe una cosificación de la mujer por tratarse de un acuerdo libre y voluntario. En especial por encontrarse los hechos exentos de toda contraprestación económica, siendo la característica del acuerdo la gratuidad, la autodeterminación y el derecho a la privacidad de la mujer subrogante.

Por último, pone de relieve el vínculo genético entre la menor y sus padres biológicos, diciendo que son determinantes para el derecho filial argentino, por lo que hacer lugar a la impugnación de la maternidad de la madre subrogante tutelando así la identidad biológica del menor y, por ende, su interés superior.

Además de la resolución de impugnar la maternidad de la madre subrogante y emplazar a quien aporta su óvulo, la sentencia culmina imponiendo a los progenitores la obligación de informar a la menor acerca de las circunstancias de su nacimiento.

Resumiendo, podemos decir que para la jueza, en el caso en que se aplique un procedimiento de fertilización *in vitro*, con el material genético de ambos progenitores y este fuere implantado en el útero de la misma mujer no existe conflicto alguno. Por el contrario, de no acaecer los hechos de esta manera, se quebrantaría el principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento.

Igualmente, toda vez que una persona sea concebida por subrogación de vientres de forma gratuita y fundada en lazos afectivos con los presuntos padres, debe entenderse que existió un deseo por parte de aquéllos de asumir la atención y crianza del niño desde su nacimiento, tutelando así el interés superior fundado en su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad; por lo tanto corresponde a ellos el reconocimiento filial y no a quien efectivamente dio a luz.

IV. Análisis de dos casos previos sobre gestación por sustitución

Resulta interesante hacer referencia a dos casos anteriores que consideraron la misma situación de una gestación por sustitución que busca ser perfeccionada a través de una sentencia judicial de impugnación de maternidad. Nos referimos al caso "B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario" y "N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento"

a) En los autos caratulados: "B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario" del Juzgado de Familia de Gualguaychu con fecha del 10 de noviembre del 2013, se presentan los Sres. B., M. A. junto a su esposa solicitando la impugnación de la maternidad de la demandada. Los hechos del caso son iguales a los del fallo en comentario. Consecuentemente en ambos casos las partes demandadas, respectivamente, se allanan ante la pretensión de impugnación y reconocimiento de la maternidad de la actora.

Desde el punto de vista procesal, en la causa B. M. A c/ F.C.C.R en primera instancia no se le reconoce legitimación a la actora. En palabras del Agente Fiscal: "... En síntesis, por los motivos precedentemente expuestos considero que la actora carece de legitimación activa o acción para la promoción de la presente

demanda...". A raíz de aquel pronunciamiento compartido por el juez que entiende en autos, la actora interpone recurso de apelación ante la Cámara Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Gualeguaychu. La Cámara revoca la resolución declarando la procedencia de la acción por lo que el Juzgado queda obligado a resolver.

El juez expone brevemente las dos posturas a favor y en contra de la subrogación de vientres.

Este fallo trae a colación fundamentación legal que no se tuvo en cuenta en el fallo C., F. A. y otro c/ R. S., M. L.

En primer lugar, se destaca, valorativamente, que quien presta su vientre para ejecutar la subrogación es una persona en formación universitaria y cuya altruista intervención está fundada en la solidaridad. De esta forma se busca sustentar el libre consentimiento de las partes involucradas en las características subjetivas de quien presta su vientre.

En segundo lugar, el juez, enunciando la teoría que se opone a la subrogación de vientres- por entenderla como un medio de cosificación de la persona-, anota que aquella técnica acarrea problemas relativos al aborto y en especial sobre el fraude a la ley en materia de adopción. Consecuentemente, interpreta, a partir de la doctrina antes citada, que esto llega a "...rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la supresión de identidad."

En contraposición, trae un extremo doctrinario no considerado en C., F. A. y otro c/ R. S., M. L., el cual plantea que no importa la onerosidad o gratuidad del contrato. La dignidad de la mujer siempre estará intacta, descartando la explotación y cosificación, siempre que por ser un acuerdo de voluntades, el consenso sea libre. Así, sostiene que el argumento contrario resulta ser "paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer". Luego de una serie de argumentos de corte, más bien, sociológicos y psicológicos, agrega que es necesaria la regularización de la gestación por subrogación, ya que se requiere un marco legal que proteja el interés superior del niño y brinde seguridad jurídica.

En tercer lugar, una vez expuestas las argumentaciones que el magistrado considera pertinente, habla sobre la voluntad procreación como la regla. Sin embargo, remitiéndose a la doctrina de la Corte Suprema y de los Tribunales Internacionales, entiende que si no se prestara la conformidad de la parte demanda- el caso de arrepentimiento de la madre gestora- la regla cede "...frente a la necesidad de garantizar precisamente el interés del niño en cuestión, elemento que resultará prioritario ante supuestos intereses de adultos al momento de resolverse cuestiones en derecho de Familia...".

Por último, en la sentencia se analiza una cuestión de amplia relevancia para el caso que no fue tomada en cuenta en C., F. A. y otro c/ R. S., M. L., tal refiere al contrato. El sentenciante expone un concatenamiento de actos que acarrearán la posible nulidad del acto jurídico esgrimido para llevar a cabo la subrogación. A pesar de ello, termina por entender que esta síntesis lógico legal no tiene procedencia, toda vez que no genera beneficios para las partes interesadas y menos aún para el niño, quien es el sujeto fundamental a resguardar. Concordantemente dice:

"Por otra parte, podría objetarse en el sub lite, que el acuerdo de voluntades formulado entre la actora, el demandado Sr. N. y la Sra. F.C., sea nulo; debo decir en primer término que respecto al mismo se debe poner de relieve que en abstracto, la admisión de estos pactos pueden significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por la incomodidad del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se constare el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar; pero aún considerándolo a tal pacto con carácter de nulo y en la convicción que dichas acciones deben ser desalentadas porque pueden dar pie a la comercialización de la maternidad o del cuerpo femenino, entiende el suscripto que pese a lo expuesto no habrá de rechazarse la petición que dio origen a la demanda en autos por la existencia de esta cuestión, no menor por cierto, ya que entiendo que el rechazo no reporta beneficio a ninguno de los interesados, y menos aún al niño, quien es el sujeto fundamental cuyos intereses hay que resguardar."

En cuanto a la resolución, no sólo impone la obligación de dar a conocer la situación al menor nacido, sino que también establece un reconocimiento retroactivo de la patria potestad desde la concepción. Esta última resolución no es dictaminada en C., F. A. y otro c/ R. S., M. L.

b) En los autos caratulados "N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento" que tramitaron ante el Juzgado Nacional de 1era Instancia en lo Civil Nro. 86 -sentencia de fecha 18/06/2013- los hechos son análogos a los de C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. y a los de B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario

En cuanto a la exposición argumentativa de la jueza, la línea expositiva es similar. Sin embargo existen algunas diferencias a destacar en cuanto a los fundamentos. La magistrada trae a colación la ley 26.862 sobre

reproducción medicamente asistida, la cual para la fecha de la sentencia ya había sido sancionada, aún que no promulgada. Destaca, con el fin de sostener su postura, el art. 2 de la norma citada. De esta forma, apunta a destacar el reconocimiento y previsión legal de las técnicas, como en este caso, de fertilización in vitro. Legítima así la procedencia de la técnica ejecutada por las partes.

Además, considera que una interpretación literal del art 242 del CC y de la ley 24.540, no permite un "pronunciamiento que sea útil y efectivo", lo mismo se sostendrá en B.M.A. c. F.C.C.R., de modo que no resulta ninguna parte beneficiada. Es por ello, que para definir la cuestión, se utiliza como partida y base el concepto de la "voluntad procreacional" sumado al factor genético y sustentado en la identidad biológica, entendida como un pilar fundamental del derecho nacional de familia.

Por último, para reforzar su posición, utiliza el argumento del anteproyecto del Código Civil de aquél momento- el proyecto del Código Civil y Comercial del 2013 no resulto sancionado en la parte que cita la magistrada, toda vez que el texto definitivo prohíbe de forma explícita la subrogación de vientres-, citando el art. 562 de aquél realiza una aplicación del artículo al caso y entiende que "...si bien no ha sido sancionado, brinda sin dudas bases y parámetros a tomar en cuenta para adoptar una decisión...".

Finalmente, en lo que refiere a la resolución simplemente se mandó a inscribir a la menor, sin atender al momento desde que comienza la patria potestad de la actora, ni obliga a que los hechos le sean comunicados al menor en cuestión.

V. La sentencia y la interpretación del derecho aplicable

A fin de comentar la sentencia, consideraremos primero la cuestión del derecho aplicable al caso.

a) En el plano normativo, el fallo cita artículos del nuevo Código Civil y Comercial para fundar su decisión. Al respecto, se trata de normas que aún no estaban vigentes al momento de la sentencia y por tanto no tienen fuerza vinculante. Pero además, los artículos citados niegan expresamente la posibilidad de iniciar acciones de impugnación o reclamación de la filiación en los casos de TRHA. Además, el nuevo CCyC señala que el hijo debe ser inscripto como hijo de quien dio a luz (art. 562). Es decir, el nuevo 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" (4). Por tanto, la aplicación anticipada del nuevo CCyC conducía a una solución contraria a la pretensión de los actos.

b) La sentencia entiende que existe un silencio legal en torno a la gestación por sustitución (5). Por un lado, como señalamos antes, el nuevo CCyC consideró expresamente el tema y decidió excluirlo de sus regulaciones. El Código ratifica el criterio vigente al momento de la sentencia que considera que en caso de maternidad rige la regla del nacimiento. Asimismo, la ley 24540 (1995) reguló expresamente el régimen de 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. Por tanto, no puede alegarse la existencia de un silencio legal.

c) La cuestión central del caso que comentamos es la interpretación de los artículos 242, 261 y 262 del Código Civil. Por un lado, el artículo 242 en la redacción de la Ley 24.540 (B.O. 22/9/1995) dispone: "La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido". Por su parte, el artículo 261 dispone: "La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo". Finalmente, el artículo 262 se refiere a la legitimación: "La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo". Al respecto, el fallo soslaya el hecho de que la paternidad es impugnada o reclamada en atención al criterio de verdad biológica (cfr. artículo 256 CC), mientras que la maternidad sigue al parto según el citado artículo 242. Por tanto, apelar al principio de la verdad biológica, en un caso donde se consintió expresamente una técnica de reproducción asistida que involucraba la gestación por otro, es una maniobra que tiene por objeto burlar los alcances de la norma prohibitiva. Se está recurriendo al

artículo 261 para lograr dar operatividad a un contrato de gestación por otro, cuando la finalidad de ese artículo es claramente otra. Se refiere a "un hijo que pasa por suyo" (art. 261), con clara referencia al hecho que determina la maternidad que es el parto (art. 242). Disociar la interpretación del artículo 261 del artículo 242 es derogar en los hechos los alcances del artículo 242 y cambiar el criterio de fondo de determinación de la maternidad.

En doctrina, podemos citar la autorizada opinión de Jorge Perrino, quien siguiendo a Mazzinghi, sostiene "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" (6).

d) Por lo expuesto también podemos sostener que nos encontramos, sobre todo por parte de la clínica interviniente, ante un "fraude a la ley" porque sabiendo que las normas no permiten la gestación por otro, ni siquiera la entrega directa en materia de adopción, de todos modos realizan el procedimiento y pretenden recurrir a una norma distinta (la de impugnación de maternidad) para obtener el resultado prohibido por ley. El nuevo CCyC incluyó expresamente el "fraude a la ley" en el artículo 12 y parece este caso un supuesto de tal situación.

e) La sentencia soslaya el hecho de que los vínculos familiares no son disponibles por los particulares, al punto que en el Código Civil vigente y en el nuevo Código Civil y Comercial se prohíben la entrega directa de niños y se señala que las normas sobre filiación en materia de TRHA integran el orden público. 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 el presente caso, ni siquiera se respetó ese plazo.

f) La sentencia consideró parcialmente lo relativo al derecho a la identidad de la niña nacida por gestación por sustitución. Establece una obligación de comunicar esta circunstancia a la niña y ello constituye una novedad en relación a casos anteriores. Pero no asume los problemas que puede plantear tal situación y la indisponibilidad de las normas sobre filiación.

g) La sentencia recurre a un argumento conocido como el problema de la "no-identidad", sosteniendo que es imposible saber qué hubiera pasado en caso de no ejecutar la gestación por sustitución porque la niña no hubiera existido de no ser por este contrato y si se hubiera realizado otra acción, sería otro niño el que estaría implicado. Tal argumento se presenta aparentemente como persuasivo, pero aplicado en la realidad se constata que, ante los hechos consumados, existe una afectación concreta de la identidad de la niña nacida, que vio disociada la maternidad gestacional de la genética por parte de una empresa de servicios de fertilidad que lucró con la intermediación técnica procreativa.

h) En la sentencia se sostiene que la gestación por sustitución sería una manifestación del "derecho a procrear". Al respecto, vale señalar que ese derecho no necesariamente incluye el acceso a las técnicas que intermedian en la procreación y mucho menos supone una potestad de disponer sobre la vida del niño, y en cómo será su gestación y entrega por la madre. Es decir, no se trata de un derecho absoluto que quede delimitado por la pura "voluntad procreacional", sino que necesariamente involucra al niño y en este caso a los intermediarios técnicos y la madre gestante. Todo ello hace surgir un interés sustancial para regular y prohibir algunas de las conductas que no respetan la dignidad de la procreación y de las personas involucradas.

VI. Otras reflexiones sobre la nulidad del acuerdo de gestación por sustitución

La sentencia aparece motivada por resolver el caso concreto y afirma guiarse por el interés superior de la niña nacida por la técnica. Sin embargo, a nuestro entender, soslaya importantes aspectos de lo sucedido que ameritaban una consideración más cuidada y rigurosa del contrato que se pretendía legitimar y perfeccionar en sede judicial. Vale recordar que, como lo sostiene un importante sector de la doctrina, la gestación por sustitución es un contrato de nulidad absoluta y tal nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez. Por lo tanto, el juez bien podía tomar medidas adicionales en los términos del artículo 36 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A continuación, esbozaremos algunos de esos aspectos:

a) La sentencia no consideró suficientemente la vulnerabilidad de la mujer que ofreció gestar por otra. Se trata de la niñera de un sobrino de uno de los requirentes, que tiene hijos que viven en Perú y que planea regresar allí, y por tanto puede encontrarse en una cierta vulnerabilidad que condicione su libertad para participar del procedimiento. 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. Nos preguntamos si se hizo algún control o escrutinio para conocer la sinceridad del acuerdo y para garantizar que no hubiera aprovechamiento de la vulnerabilidad. Nos preguntamos qué hubiera pasado la situación hubiera sido la siguiente: 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. Pues bien, tal supuesto casi no presenta diferencias con lo acontecido en autos: la única diferencia es que aquí hubo una intermediación técnica y rentada por parte de una clínica en forma previa al embarazo. Vale aclarar que existía la posibilidad de indagar sobre el contrato pues la nulidad absoluta en la que está en juego la protección del orden público puede ser declarada de oficio por el juez.

b) La gratuidad del procedimiento sólo se refiere a la madre gestante, pues en el caso intervino una empresa de servicios de fertilidad que seguramente cobró por esta intermediación técnica en la procreación. Al respecto, no se indagó si lo que se cobró era equivalente a una fecundación in vitro sin servicios de gestación, o si los "servicios" de gestación también fueron incluidos en ese contrato, bajo qué precio, con qué obligaciones y modalidades de cumplimiento. También nos podemos preguntar: ¿cuál era el objeto del contrato? ¿Gestar o entregar el niño? ¿Había posibilidad de arrepentimiento de la gestante? ¿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 nos encontramos ante un contrato que puede ser nulo de nulidad absoluta y por tanto declarable de oficio (7).

c) En cuanto al consentimiento de los intervinientes nos preguntamos: ¿qué informó la clínica respecto a la regulación legal de la filiación que surgiría de la realización de este acto? ¿Se les informó de lo que dispone el Código Civil vigente al momento del acto sobre filiación y lo que dispondría el nuevo código? ¿No hubo una manifiesta temeridad al realizar este acto con la incertidumbre de los vínculos filiatorios de la niña que fue concebida? ¿Se comprometió un resultado en materia de filiación? Con todas estas dudas, ¿existió un consentimiento realmente informado de las partes? Pareciera que la clínica avanzó con el contrato y el procedimiento sobre una política de "hechos consumados". ¿No cabe denunciar el hecho a la autoridad de contralor para informar lo sucedido y que se adopten medidas sobre la clínica? ¿Quién controla a las clínicas? ¿No existe un deber de la jueza de denunciar cuando ocurren hechos eventualmente lesivos de los derechos de los niños, como en este caso con relación al derecho a la identidad? Creemos que la sentencia no profundizó en el accionar de la clínica que intermedió en la procreación.

VII. Conclusión

En el título de este comentario nos formulamos la siguiente pregunta: ¿Es inevitable la gestación por sustitución? Al respecto, creemos que en muchos de los análisis de este problema social y jurídico se soslaya un actor clave: las clínicas que intermedian en la procreación humana. La sentencia que comentamos incurre en tal omisión respecto a la clínica que dispuso y llevó a cabo la gestación por sustitución en forma contraria al derecho vigente. Esperamos que, en lo sucesivo, se adopten medidas más firmes y sanciones más severas sobre las clínicas de fertilidad para prevenir la concreción de estas técnicas que suponen una manipulación indebida de los elementos fundamentales de la identidad de un niño y de la vulnerabilidad de las mujeres.

(1) Entre 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 sobre el tema: Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", InDret 3/2012, disponible en http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; 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 gestación por otro y en general a la intermediación técnica en la procreación: Lafferriere, Jorge Nicolas, "Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas", La Ley, Diario 4/2/2015, p. 1-7.

(2) Graciela Medina cita un caso de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, de fecha 14/04/2010 parecido al presente, aunque referido a la cuestión de la legitimación activa para impugnar la maternidad. En ese caso la Cámara otorgó legitimación para impugnar la maternidad de quien había dado a luz a quien había entregado el óvulo y encomendado la gestación del niño (Medina, Graciela, op. cit.).

(3) Agradecemos a la Dra. Daniela Zabaleta sus oportunas y precisas sugerencias para redactar el presente comentario.

(4) Kemelmajer 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.

(5) 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.

(6) Perrino, Jorge Oscar, "Derecho de Familia". Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 2ª. edición, p. 2515. Ver también nota de Solari, Néstor E. "Impugnación de la maternidad por la madre que aportó el óvulo", LLLitoral 2011 (marzo), 25/02/2011, 161, AR/DOC/483/2011, quien señala que el tema debería haber sido resuelto en una ley sobre reproducción humana asistida y presenta las paradojas jurídicas en torno a la determinación de la maternidad.

(7) Sobre 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.

Información Relacionada

Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ GESTACION POR SUSTITUCION ~ JURISPRUDENCIA ~ LEY APLICABLE ~ NULIDAD ~ ACCION DE IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD ~ PRUEBA BIOLOGICA ~ PERSONA MENOR DE EDAD ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ CONTRATO

Fallo comentado: [Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 ~ 2015-05-18 ~ C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad.](#)