

Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial

Libro Segundo: Relaciones de familia

Título V: Filiación

Capítulo II: Reglas generales relativas a la Filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Art. 562: Gestación por Sustitución

Un acto tan trascendente como lo es una reforma al Código Civil y Comercial, que afectará nuestra cultura y nuestra forma de vida, es un acto que debe ser analizado por toda la sociedad, que debe ser escuchada. Las reformas deben darse a conocer mediante una total y veraz información pública. La importancia del tema conlleva la necesidad de no permanecer indiferentes –por un lado- y al mismo tiempo, de una madura reflexión y de una amplia participación federal.

La sanción de un nuevo Código Civil y Comercial es seguramente la reforma legislativa más importante de las últimas décadas, por la variedad de cuestiones implicadas y por la entidad de algunos de los cambios propuestos, como por ejemplo:

- ¿Cuándo comienza un ser humano a tener el derecho de llamarse persona?
- ¿Cuál es el sentido de constituir legalmente una familia?
- ¿Con qué respeto hemos de considerar a las mujeres, especialmente a las más vulnerables?
- ¿Qué pueden dejar los padres a sus hijos al morir?
- ¿Tendrán derecho a la identidad los hijos concebidos en laboratorios?
- ¿Podrán ser concebidos hijos de personas muertas?

En el Código Civil se regulan derechos vinculados a la vida personal, matrimonial, familiar, social, económica, de todos nosotros. En él se expresa de alguna manera la forma y el estilo de vida que como sociedad queremos promover. Podríamos afirmar: dime cómo legislas y te diré qué sociedad deseas.

Una ley no se limita a tomar una fotografía de lo que ocurre sino que tiene que ordenar las conductas hacia el bien común. No es una mera fotografía de lo que ocurre, sino una orientación de lo que se espera y desea que ocurra en esas relaciones interpersonales.

El legislador no puede limitarse a constatar que algo existe en la realidad, o puede existir, para darle carácter legal sin un previo juicio de valor. En la vida cotidiana se verifican conductas perjudiciales al bien común, que deben ser reprobadas y no convalidadas por el sólo hecho de que algunas personas las lleven a cabo.

El Código Civil por su carácter estable y modélico, al definir obligaciones y derechos de las personas e instituciones no es algo neutro, sino que a través de él se expresan doctrinas o corrientes de pensamiento que van a incidir en la vida de los argentinos.

Sin tener en cuenta todas estas manifestaciones y desconociendo el vínculo fundamental que se establece entre madre e hijo en la gestación y los derechos del niño a no ser tratado como una cosa y los de la mujer a no ser utilizada como objeto, se pretende legalizar el alquiler de vientres, bajo la denominación eufemística de “gestación por sustitución”. La razón y el sentido común se revelan ante ésta práctica.

A continuación transcribo el art. 562 del Proyecto de Reforma:

Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. 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. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

En el artículo 562 del proyecto de Reformas al Código Civil se admite la maternidad subrogada, que solo es permitida en muy escasos países, como EE.UU., Canadá, Inglaterra, Rusia y Ucrania.

En general podemos decir que es un contrato por el cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de ella misma (aunque se dice que este supuesto no es el característico de

esta figura) o de quien encargó al niño –también puede ser de una tercera persona–, fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. O, también, de gestar un embrión de terceros, produciéndose de esta manera una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, satisfaciendo un deseo de ser madre o padre, que ciertamente loable, no tiene carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo; además, esa disociación provoca una situación de incertidumbre con relación a la filiación, debido a la dicotomía existente entre madre genética y madre gestante, desatendiéndose de tal manera el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.

La mayor parte de la doctrina de nuestro país opina que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, por considerarlo inmoral, no existiendo duda de que de ser acordado en la actualidad, inmediatamente se decretaría su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio. (Conf., Tobías, José W., Derecho de las Personas, Buenos Aires, 2009, p. 85). Las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que ello es contrario a la dignidad y el respeto que debe tenerse a todo humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona, fruto de la gestación encargada. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, (Conf. Ramirez Novalón: “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana, Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas”, en Revista General del Derecho, 1987, pág. 6564) por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato. (Moro Almaraz, María Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, Barcelona, 1988, pág. 264).

El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño, recibir el tratamiento de cosas (Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 561 y sgtes., parágr. 1154). Esto no es más no menos que una compraventa de niños. Es una trata de niños a la cual le quieren dar la apariencia de legal.

En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido –dice Mirta Videla–, la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la

transforma en una actividad económicamente rentable. Y agrega que desde la ética “es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame: Videla, Mirta, Los Derechos Humanos en la Bioética, Buenos Aires, 1999, p. 159.

Liliana Matozzo de Romualdi afirma a su vez al referirse a la maternidad subrogada, que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana. (ED, 182-1656).

La dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres genéticos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones (Mosso, Carlos José, “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, cit., ED, 167-961). La especialísima relación que se produce entre la madre o la gestante y el hijo con motivo de la gestación, desaparece en el caso de la maternidad de sustitución, al separarse a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, dejándose de lado las necesidades del recién nacido, que pasan a un segundo plano, pues se privilegia el deseo de las personas que lo encargaron.

Es importante asimismo destacar el hecho de que, como señala Liliana Matozzo de Romualdi, el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la mujer que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio. Por otra parte, no debe dejarse de lado el hecho de que la madre que alberga al embrión acoge a un ser cuyo patrimonio genético –en el supuesto de que el óvulo no haya sido de ella– difiere en un 100 % del suyo, no teniéndose por el momento elementos suficientes como para juzgar, sobre las consecuencias, que el día de mañana, esa circunstancia puede producir, tanto en el nuevo ser como en la madre gestante.

No hay que dejar de considerar que admitir este tipo de contratos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de una persona con posibilidades económicas importantes, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el pago, como precio por el servicio o como indemnización por las molestias por las que debió pasar. Estos Convenios dan inicio a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución. Considera a la mujer gestante como una cosa. Que contradictorio este tipo de Convenio con el promovido y legítimo derecho al respeto a la dignidad e integridad de la

mujer y la no violencia de género. Este pacto en un claro atentado a la mujer, instrumentalización a que se somete a la mujer.

El alquiler de vientres en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado “turismo reproductivo”. Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación, sobre todo en Gujarat, donde Anand se ha constituido como la capital global del alquiler de vientres.

En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de norteamericanos. En mayo de 2012 durante un chequeo Premila mostró complicaciones y los médicos le hicieron una cesárea de emergencia, pero no se recuperó. El niño nació con bajo peso (1.740 kgs) y la madre fue enviada a un hospital privado donde murió. Todavía no se ha pronunciado la policía sobre la autopsia de Premila. Por su parte, la mujer norteamericana que alquiló el cuerpo de Premila viajó a India y ya tomó contacto con el recién nacido.

El caso revela dramáticamente la mentalidad subyacente en el alquiler de vientres: la mujer gestante es un simple envase que debe limitarse a dar a un niño, que es tratado como una cosa que se compra y vende, incluso en un mercado que se ha tornado global.

La experiencia en otros países como India, tendría que desalentar a quienes promueven esta regulación, pero lejos de ello, la divulgan y se esfuerzan en su aprobación. En lugar de tomar en cuenta la mala experiencia que viven otros países con éste tipo de práctica, intentan instaurarla en nuestro país y darle un marco legal y engañando, que es algo bueno y que soluciona la imposibilidad de tener hijos a parejas que por diferentes motivos no pueden concebirlos de forma natural. Evitemos que estos abusos biotecnológicos, sean legitimados en Argentina.

De un breve análisis al art. 562 del Proyecto, podemos inferir lo siguiente:

1. En ningún momento se prohíbe que el “centro de salud” cobre por realizar estas supuestas acciones.
2. Un procedimiento de estas características no sería gratuito, pues no sólo hay honorarios profesionales, sino también gestiones para constatar la salud de la mujer gestante, gastos varios, costos derivados de los procesos de selección de la gestante, y otros costos por una técnica que se supone excepcionalísima y por tanto muy cara.
3. En medios periodísticos nacionales, se había informado un precio en el exterior que oscilaba entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en

California (La Nación , “Crece el interés por el alquiler de vientres”, 20 de agosto de 2011)

4. En este contexto, la mujer gestante sería la única que no cobra y con ello se consumaría una nueva forma de explotación de su cuerpo, en este caso apropiándose los profesionales de manera inescrupulosa de su vientre.

5. También habrá costosos seguros que contemplar y que se vincularán tanto con las conductas de salud de la mujer como con el normal desarrollo de los bebés.

6. Ello constituirá otra forma de explotación de la mujer, que verá todo su embarazo monitoreado por un centro médico y por uno o dos “comitentes” (así se llama a los que encargan la “sustitución”). Cabe preguntarse si ella podrá viajar, o emprender actividades riesgosas, o bien qué sucede si la mujer fuma o toma alcohol.

7. Llamativamente el proyecto elimina los actuales artículo 67, 68 y 78 del Código Civil de Vélez Sarsfield, los que regulan lo que se conoce como “postergación de controversias” y establecen que no se puedan generar litigios sobre el hecho del embarazo ni se puedan tomar medidas civiles sobre la mujer embarazada y su hijo, la que sometida a “gestación por sustitución” podría sufrir todo tipo de hostigamientos para comprobar la buena marcha de ese proceso.

8. Finalmente, la redacción del inciso f afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la “mujer” “no ha recibido retribución”. No es casual el uso del pasado y bien podría alguien alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que nada prohíbe que la reciba luego. Otra cosa, como se acredita que la mujer no recibió retribución?

9. No se contempla diversas eventualidades que pueden ocurrir en el marco de las técnicas de fecundación artificial, caracterizadas por numerosos fracasos y pérdidas embrionarias. ¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer? ¿Qué sucede si los embriones no se “implantan” en el primer intento o si pierde el embarazo?

10. En lo laboral, la pregunta que tampoco se responde es si la mujer gestadora gozará de la licencia por maternidad, siendo que tiene obligación de entregar el bebé recién nacido.

11. ¿Qué pasaría con las demás cuestiones del derecho laboral de la mujer embarazada, como la indemnización por despido?

12. Llama la atención que en las normas sobre adopción se prohíbe dar en adopción a un bebé recién nacido, estableciendo un plazo mínimo de 45 días desde el nacimiento (cfr. artículo 607), mientras que en la gestación por sustitución la entrega debe ser inmediata.

13. Si la mujer gestante es casada, ¿necesita autorización de su cónyuge?
14. ¿Quién ejerce la representación del niño por nacer durante el tiempo del embarazo? (cfr. artículo 101 inciso a). En caso de muerte del niño por nacer o lesiones, ¿quién está legitimado a demandar? ¿La gestante, los comitentes, el centro de salud?
15. ¿El pacto de “sustitución” supone ciertos resultados en términos de condiciones de salud del hijo? ¿Qué sucede si el parto es múltiple? ¿Qué sucede si el estudio prenatal informa sobre malformaciones en el feto?

Los requisitos exigidos en el Proyecto de Reformas para que el juez pueda autorizar la gestación por una tercera persona

Conforme dice el proyecto este Convenio debe ser acordado únicamente previa autorización judicial, debiendo el juez homologar lo convenido si se acreditan las circunstancias siguientes:

a) que se ha tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer.

Llama la atención la exigencia de este requisito, por cuanto resulta más que difícil pensar que el *interés superior del niño* puede haber sido tenido en cuenta en una práctica de maternidad subrogada, o pueda consistir en que al muy escaso tiempo de nacido se lo separe voluntariamente de la gestante – que lo ha tenido en su seno durante nada menos que nueve meses– para entregárselo a una persona con la que hasta ese momento no ha tenido nada que ver con él, salvo, en todo caso y a lo más, que la misma haya aportado el óvulo con el que se fecundó el embrión transferido a la madre de alquiler.

Debemos señalar con respecto al interés superior del niño, lo expresado por Mirta Videla en cuanto a la memoria corporal de todo niño, mediante la cual “registra el contacto, el movimiento, los ritmos viscerales y motores, los olores, los sabores y el sonido del corazón de la mujer que lo lleva nueve meses metido en su cuerpo. Eso forma parte de la biografía gestacional del niño.

b) que la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.

Este requisito nos hace recordar lo expresado por José Enrique Bustos Pueche, quien con respecto a la maternidad subrogada señala el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica, lo cual, dice, se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo *a la carta*, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida

humana, afirma, vuelve a otearse en el horizonte (El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, cit., p. 183).

El proyecto no requiere, un informe de un especialista certificando que la madre subrogada y su marido, en caso de que estuviera casada, son personas aptas para entregar al niño luego de nacido, o de que la madre portadora debe someterse a una evaluación psíquica y psicológica previas y a un asesoramiento psíquico posterior al nacimiento del bebé, si así fuera recomendado.

c) que al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético.

No cabe duda de que dicha exigencia es preferible a que ninguno de los denominados *comitente* haya aportado sus gametos. Pero lo cierto es que tal circunstancia no cambia en absoluto la inmoralidad del convenio de alquiler de vientre.

Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de señalar que no resulta clara la manera en la que el juez vaya a constatar el cumplimiento de este requisito, pues no puede requerir la realización de un examen preimplantatorio en el embrión, por el peligro que resulta para la vida del mismo. Aunque de no ser así, resultará sumamente fácil violar la norma.

d) que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.

La exigencia tiende, aunque no exclusivamente, a facilitar la descendencia a la unión de dos hombres, o aun a un hombre solo, ya que ninguna limitación se establece al respecto en la normativa proyectada. Quizás no esté de más está señalar que la práctica de la maternidad subrogada resulta antinatural en supuestos como los referidos, pues la propia naturaleza indica la conveniencia de la crianza de los niños por una mujer, quien físicamente se encuentra capacitada para alimentar con su cuerpo a los recién nacidos.

e) que la gestante no ha aportado material genético propio.

Si este requisito estuviera pensado con la finalidad de evitar un reclamo de maternidad por parte de la gestante, o de que esta se negara a entregar al recién nacido, la exigencia no parecería suficiente, puesto que, al menos a nuestro juicio, más relevante que el material genético es el aporte biológico transmitido al hijo por nacer durante el período del embarazo.

f) que la gestante no ha recibido retribución.

También llama la atención dicha exigencia, que parece desconocer la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero. De más está poner de

relieve la prácticamente imposibilidad por parte del juez de poder constatar que en el caso la gestante no ha recibido o no recibirá una retribución del o de los comitentes.

Cabe señalar que la ilicitud del objeto de un convenio de la naturaleza del señalado es independiente de la circunstancia de haberse o no convenido un precio por la gestación, como también del hecho de que la finalidad que tuvo en mira la madre sustituta haya sido altruista (Conf., entre otros, Tobías, José W., Derecho de las Personas, cit., p. 85).

g) que la gestante no se ha sometido a un proceso de maternidad subrogada más de dos (2) veces.

Ello significa que la gestante podrá someterse a dicho proceso por lo menos tres veces, lo que de alguna manera hace suponer el carácter retributivo de su accionar. Además de la dificultad de hecho existente para acreditar la cantidad de veces que la mujer que se ofrece como gestante para una tercera persona lo ha hecho con anterioridad.

h) que la gestante ha parido, al menos, un hijo propio.

Si bien nada se aclara con respecto a este requisito en los Fundamentos del Proyecto, podría pensarse que se trata de acreditar que la gestante no tiene inconvenientes de tipo físico para gestar a una criatura, o que el hecho de tener ya al menos un hijo propio la disuadirá de querer retener al hijo que gestó por encargo.

La norma proyectada dispone, por último, que los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la previa autorización judicial, careciéndose de la cual, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Para concluir debemos decir que esta figura del “alquiler de vientre”, que eufemísticamente el anteproyecto pretende encubrir bajo la denominación de “gestación por sustitución”, es una grave ofensa contra la dignidad del hijo, sometido a un inadmisibles contrato cosificador que se asemeja a la trata de personas, y también de la mujer, también cosificada y expropiada de su cuerpo para las rentas de los profesionales de salud y los deseos de personas adultas. Además atenta contra el derecho a la identidad de todo ser humano.

Podemos agregar también:

Que no es un reclamo social.

Que no es consistente con las tradiciones jurídicas, principios, valores y costumbres del pueblo argentino.

Que hasta hoy se considera nulo a este tipo de contrato por la inmoralidad de su objeto.

Que degrada a la mujer gestante.

Que arriesga crear más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres.

Que desconoce el profundo vínculo psicológico que se establece entre ella y el niño al que da a luz.

Por ello reflexionemos y seamos contestes con todo el ordenamiento jurídico, pues por un lado defendemos, y está muy bien, el derecho a la identidad, el derecho a la protección del niño, el derecho a la igualdad y dignidad de la mujer, a su no explotación. Y por otro lado se pretende instaurar esta figura que rompe con todos los derechos que decimos proteger. Pensemos que sociedad deseamos tener ahora y para el futuro.

Dra Liliana Guzmán Cruzado

Comisión Derecho a la Vida – Colegio de Abogados de Tucumán