

LAS DERIVACIONES INMEDIATAS Y MEDIATAS DEL VÍNCULO MATERNO-FILIAL. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ANTE-PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Por Alejandro Laje

La proyectada reforma del Código Civil Argentino trata importantes cuestiones tendientes a la reformulación de los principios sobre los cuales se asienta el régimen filial argentino.¹ Las innovaciones tecnológicas una vez más obligan a la sociedad y consecuentemente al derecho a plantearse y cuestionarse los argumentos sobre los que organiza la convivencia social.

En el Capítulo 2 del Título V del ante-proyecto de reforma, que trata sobre las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 562 establece la “Gestación por sustitución”. Requiere el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución según las normas del Código Civil y de la legislación especial. Seguidamente establece que “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.” Agrega el artículo los requisitos que debe tener en cuenta el juez para homologar la gestación por sustitución entre los cuales se destacan, a) que se haya tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer, b) la plena capacidad, buena salud física y psiquiátrica de la gestante, c) la aportación de los gametos de al menos uno de los comitentes y su imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo, d) que la gestante no haya aportado los gametos, no reciba retribución y que no se haya sometido a este proceso en más de dos veces, finalmente requiere e) que la gestante haya dado a luz por lo menos un hijo propio. Los centros de salud no podrían proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin autorización judicial, sin la cual, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza.

El Derecho de Familia y de la persona humana se ha visto influenciado más que otras ciencias por los avances tecnológicos. En efecto, innumerables aspectos de la

¹ Comisión para la elaboración del "Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191 del 23 de febrero de 2011.

regulación de las relaciones jurídicas familiares fueron beneficiadas por el aporte interdisciplinario de médicos, psicólogos, asistentes sociales, biólogos, genetistas. En esta ponencia se analiza el aporte de las ciencias biológicas sobre la gestación para enriquecer el debate planteado por la proyectada reforma del Código Civil en materia de gestación por sustitución² y se propone su eliminación del Proyecto de Código, dadas sus graves consecuencias.

Descubrimientos de la ciencia bio-médica

La ciencia médica recomienda la estimulación precoz del niño de modo que experimente ya en el seno materno todo su potencial biológico, psicológico y social. Se sostiene que el desarrollo y la maduración del sistema nervioso central del ser humano se inicia a partir del décimo séptimo día de la fecundación. Este “sistema” es el centro de control de vivencias del niño. Ciertamente, la importancia de esta etapa de la vida humana generó gran interés científico y los resultados obtenidos determinaron un cambio de paradigma. Gracias a los avances científicos el bebé antes de nacer ya no es un ser potencial, sino un ser con capacidades comunicacionales actuales, que establece una relación única e irreplicable con todo lo que lo rodea, en particular, con la gestante. El niño en gestación es un ser social que percibe amor o rechazo, placer o dolor y hasta las alteraciones emocionales que acompañan a la mujer durante el proceso de embarazo. El vínculo que crea el bebé con la gestante es de primerísima importancia para el desarrollo físico y emocional de la persona. Existen estudios serios sobre esta relación y las consecuencias que tiene tanto para las madres como para los niños.³ La literatura existente refiere las consecuencias de las relaciones interpersonales de la madre, su historia psiquiátrica, cuestiones sociodemográficas, etc.

Si bien, aun estamos en los inicios de estos conocimientos, ya se ha demostrado que durante el período prenatal el ser humano construye lo que será la estructura de su salud, su afectividad, su capacidad de relación, y tanto sus facultades cognitivas elementales como superiores. El niño en el útero se impregna de la totalidad de la vida de quien lo gesta. Ello no quiere decir que la participación de los padres y de la familia en general no sea también clave para lograr un crecimiento óptimo.

² Las reflexiones aquí vertidas surgen del Seminario de investigación observacional de Derecho de Familia, Sucesorio y Notarial ante los proyectos de modificación de la legislación civil de la Nación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

³ Ver Nonacs, R. y Cohen, L.S., *Depression during pregnancy: diagnosis and treatment options*, *Journal of Clinical Psychiatry*, 63 (suppl 7), 2002 y Marks, M.N., Siddle, K. y Warwick, C. *Can we prevent postnatal depression?* *Journal of Maternal Fetal Neonatal Medicine* 13 (2), 2003.

Investigaciones de científicos como Thomas R. Verny⁴ revelan que la calidad de la relación establecida entre el bebé y la gestante influye en el desarrollo del área visual, auditiva, lingüística y motora. También demuestran que esta etapa es fundamental en la relación padres-hijos.

En este contexto, resulta entonces fácil concluir, que el interés superior del niño supone valorar y proteger los vínculos establecidos en esta etapa fundamental de su existencia.

La protección jurídica del niño en Argentina

El criterio tuitivo del menor no resulta en nuestro sistema jurídico algo más a tener en cuenta, sino que está consagrado en los arts. 17 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, norma que como es bien sabido a partir de la reforma constitucional de 1994 tiene rango constitucional conforme al art. 75 inc. 22. Expresamente dice el art. 17 citado que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” y el art 19 dice “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Adicionalmente, se ha consagrado el interés superior del niño como eje fundamental del Derecho Argentino, en el art. 3ro.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño. Resulta relevante aclarar que el Preámbulo de esta Convención declara que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento." Asimismo debe destacarse que el 27 de septiembre de 1990 el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño declaró, con relación al artículo 1° que el mismo debe interpretarse que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Contradicciones del proyecto

⁴ Verny, Thomas R. y Weintraub, Pamela, *Pre-Parenting: Nurturing Your Child from Conception*, Simon & Schuster, New York, 2003.

Según lo señalado, las convenciones internacionales, y por lo tanto, el sistema Argentino a este respecto, consagra la protección del interés superior del niño en toda las etapas de su desarrollo, enriqueciendo el sistema legal argentino. Es más, establecieron este criterio, no solo para jueces y abogados, sino también para órganos legislativos, que deben obrar, para mantener la coherencia del sistema, según esta orientación.

El proyecto de reforma, extrañamente consagra este principio y seguidamente habilita desvincular al niño de su centro vital, que en este caso no es su hogar, sino vientre materno.

Seguidamente el ante-proyecto refiere a los requisitos generales del Código Civil para la realización de convenciones y transacciones. Vale la pena recordar que en dicho “sistema” del Código Civil el estado de familia interesa al orden público y no puede ser objeto de transacción. Específicamente el código establece en el art. 845 que “no se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima.

Como en el caso anterior, el ante-proyecto refiere a un principio y luego lo ignora, habilitando la acción contraria a dicho principio.

Ambas contradicciones hacen suponer que se está habilitando y protegiendo un interés particular, el de los que quieren tener un hijo, que en el derecho Argentino tiene una jerarquía inferior, que es el del “interés superior del niño”.

Subrogación de úteros

La biotecnología hace posible que el niño pueda ser gestado en el vientre de una mujer diferente a aquella persona que eventualmente lo iría a recibir. El ante-proyecto de reforma en estudio busca dar regulación legal a esta nueva situación tecnológica. Ciertamente, las posibilidades de la ciencia fascinan y llenan de entusiasmo pero al mismo tiempo generan muchas preguntas: ¿Qué estatus jurídico tienen estas partes del cuerpo, que como el útero ahora pueden cumplir funciones antes impensadas?; ¿Los úteros que ahora podrían subrogarse, están dentro o fuera del comercio? ¿Pueden ser objeto de contratos válidos? Finalmente, la subrogación de úteros, ¿se constituirá una práctica servil en el que sectores menos favorecidos de la población estarán a disposición de sectores más acomodados?

Hasta el momento ha existido un vacío legal dado que este tipo de actos no están reglados, situación que la reforma busca cambiar. Algunos doctrinarios han considerado que el contrato de alquiler de vientres es nulo de nulidad absoluta por tratarse de un contrato de objeto ilícito⁵. Para sostener dicha afirmación recurrieron al actual art. 242 del Código Civil que establece que la maternidad queda establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Se agrega que existe contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos según establece el art. 1137 del Código Civil, abarcando dicho concepto a todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, tanto lo de derecho patrimonial como los de derecho de familia y de las sucesiones, por lo que un acuerdo acerca de una maternidad subrogada sería reputado contrato, pero de objeto ilícito. Adicionalmente se agrega que el art. 953 del Código Civil dispone que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico o hechos que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen a un tercero. Según este criterio, los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición son nulos como si carecieran de objeto. Finalmente se sostiene que “la última prestación en el tiempo, aunque primera en importancia, que rige este acuerdo es la entrega de un niño, objeto por demás ilícito, suficiente por sí mismo para decretar la nulidad de esta figura contractual, conforme a nuestro art. 953 del Código Civil”⁶

Análisis en profundidad de la cuestión

Con respecto a la celebración de actos jurídicos bilaterales cuyo objeto sea una parte de cuerpo *no* renovable como sería el caso del útero, Santos Cifuentes sostiene que de ninguna manera puede considerarse que pueda existir contrato ya que está totalmente desprovisto de la fuerza obligatoria y no genera obligaciones en estricto sentido y es intrínsecamente revocable. En efecto, dice que “*va de suyo que está excluida toda relación jurídica bilateral que sea fuente de obligaciones*”.⁷ El ofrecimiento consentido de una gestante que el ante-proyecto permite podría generar la

⁵ Berger, Sabrina, M. Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito, La Ley, Sup. Act. 10/08/2010.1.

⁶ Berger, S. *op. cit.*

⁷ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 385.

afectación del órgano pero al no constituir estrictamente una obligación no genera compromisos ni responsabilidad por daños y perjuicios.

Se encuentra como antecedente de las argumentaciones a favor de este tipo de prácticas en el concepto de “voluntad procreacional como fuente de la filiación. Parten conceptualmente de la clásica distinción de Díaz de Guijarro respecto de tres aspectos diferenciados que se dan en la procreación: a) la voluntad de la unión sexual, b) la voluntad procreacional y c) la responsabilidad procreacional.⁸ Consideran que el elemento más importante de estos tres es el segundo, la voluntad procreacional, ya que esta sería la causa eficiente e insustituible.

Interesante el planteo, pero el sistema jurídico Argentino, ni en su tradición ni en su evolución, consagra este principio. El principio que sí consagra es el de protección del interés superior del menor, y el de la responsabilidad procreacional estableciendo el derecho del niño a una familia estable, a la protección de su identidad, y a ser considerado como una persona que es un fin en sí mismo y no el objeto de la satisfacción un deseo de los “subrogantes” que si bien es loable no encuentra igual protección en el sistema argentino.

Adicionalmente el sistema previsto en el ante-proyecto en estudio provoca una incertidumbre con relación a la filiación debido a la dicotomía que se produce entre madre genética y madre gestante, desatendiéndose el interés del niño al colocarlo ante una disputa de intereses. Todo ello fuente de potenciales conflictos judiciales. En este sentido es importante tener en cuenta que el fin del derecho, particularmente del derecho privado es dar certezas respecto de las consecuencias de las conductas. Este sistema parece más bien la antesala de innumerables conflictos familiares que serán llevados ante la justicia, generando gran crispación en la sociedad argentina.

Todo ello en un contexto cuyo análisis excede el marco de este artículo ya que merece una debida documentación empírica, pero que se adelanta como posible: el pago por los servicios corporales a mujeres económicamente dependientes con la consecuente deshumanización de la condición de la gestante de alquiler y la explotación de sus órganos reproductivos, todo con el fin de brindar beneficios personales a personas más acomodadas de la sociedad. Si bien se podría presentar el tema como una cuestión de libertad de elección de la mujer, la duda se plantea cuando se inquiera sobre

⁸Díaz de Guijarro, Enrique, La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación, JA 1965-III-21.

cuáles son las verdaderas opciones de la mujer pobre que “consiente” la subrogación de útero.

Derecho a la identidad

La legislación argentina consagra el derecho a la identidad. En el máximo nivel normativo nacional la Convención sobre los Derechos del Niño ya citada así lo expresa en su art. 8 al establecer que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad”. En efecto, se consagra como derecho personalísimo específico que incluye el derecho a saber quiénes fueron sus padres de una persona. En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su art. 11 establece que todas las personas en la Provincia tienen derecho a conocer su identidad de origen. Más clara es aun la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que en su art. 12 lo garantiza asegurando su derecho a una identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. Agrega este texto normativa que “debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada la identidad.” A tal fin, asegura el funcionamiento de organismos estatales para que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación. Una vez más, la ley aquí refiere a los avances científicos como aliados del sistema normativo.

El ante-proyecto en análisis desatiende estas disposiciones del sistema jurídico argentino para impulsar una innovación que se proyecta como fuente de numerosos conflictos y avasallamiento de derechos fuertemente consagrados y ampliamente respetados por la comunidad jurídica en particular y por la sociedad en general.

Tendencia hacia la litigiosidad y judicialización

Como se ve, el ante-proyecto presenta una importante cantidad de disposiciones que contradicen el derecho vigente y del que seguirá en vigor aun ante la eventualidad de la sanción de un nuevo código. Se opone a normas que subsistirán aun en caso de sanción de la reforma ya que ella no provocará su derogación. Las convenciones internacionales, la constitución nacional, las constituciones provinciales, los demás códigos de la nación, los códigos de forma de cada uno de los estados argentinos no cambiarán en lo inmediato. Seguirá presente el principio por el cual los jueces deben dictar sentencias fundadas respetando la jerarquía de las normas vigentes, bajo pena de

nulidad.⁹ Los tratados internacional invocados establecen la protección del interés superior del niño y de su derecho a la identidad; la proyectada reforma subordina estos derechos a intereses particulares de inferior jerarquía y viola compromisos asumidos con otros Estados Nacionales. Por lo que se avizora gran cantidad de planteos de inconstitucionalidad y la consecuente judicialización de la cuestión.

El Estado de derecho supone una construcción que involucra a todos los poderes del Estado, requiriendo de ellos prácticas coherentes. Es función de los investigadores del derecho anticipar contradicciones en el sistema jurídico para evitar que se produzcan hechos que traerían gran conflictividad a la sociedad ya que “la doctrina, tal como nos enseña Planiol desempeña en la ciencia del derecho, aproximadamente, el mismo papel que la opinión pública en la ciencia política.”¹⁰

Conclusiones

El ante-proyecto de sobre las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en lo que se refiere a “Gestación por sustitución” desconoce los aportes multi-disciplinarios referidos a la relación niño-gestante y a los principios establecidos en el sistema jurídico argentino. En efecto, el ante-proyecto ignora la relación científicamente documentada del vínculo biológico, psicológico, y social, que se establece entre las partes intervinientes en la gestación cuya protección hace al interés superior del niño. Asimismo, el ante-proyecto desatiende la protección del derecho a la identidad del niño, algo inalienable en el sistema jurídico argentino. Ello, instrumentalizando al niño, haciéndolo objeto de transacciones de dudosa conveniencia también para muchísimas mujeres cuya situación se proyecta como sumamente desventajosa.

Sostiene el profesor Marcos M. Córdoba que cuando se proyecta reformas en el sistema jurídico positivo debe tenerse en consideración la evolución jurídica, social y de las ciencias biológicas, porque la influencia de estas últimas, no sólo en lo que respecta al ámbito de la reproducción humana asistida sino en todo aquello en que ha incidido, ha tenido una enorme incidencia positiva en la evolución social del país, y

⁹ Art. 34 inc. 4 Código Procesal Civil de la Nación

¹⁰ Marcos M. Córdoba, Última y próxima evolución del Derecho de Familia, Conferencia de aceptación del premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008.

es esa evolución la que debe ser reflejada en las primeras, es decir la jurídica.¹¹ Este criterio no puede desatenderse, al analizarse el proyecto en estudio.

Se está trabajando seriamente en la reforma de muchas áreas del derecho que requieren estar a la altura de los más recientes avances científicos y tecnológicos. Este esfuerzo debe ser respaldado y respetado. No se trata de tomar partido por posturas supuestamente más o menos progresistas sino de atender a los aportes avances del conocimiento humano y a la coherencia de la estructura del sistema jurídico. La legislación proyectada en materia de gestación por sustitución desconoce estos aportes, potencia la litigiosidad en la sociedad y coloca al niño en una situación de eventual grave indefensión, por lo que se propone su eliminación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ Córdoba, Marcos M., Daños en las Relaciones de Familia, Conferencia, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan. San Juan, septiembre de 2011.