

## Gestación por subrogación de vientres, una aventura de ficción hecha realidad -implicancias bioéticas y jurídicas-

## Gestation by surrogacy of wombs, a fictional adventure come true -bioethical and legal implications-

Evangelina Belén MOLLAR\*

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan los dilemas éticos y jurídicos que se presentan en torno a una de las técnicas de fertilización asistida comúnmente llamada “gestación por subrogación de vientres”. La controversia que genera esta práctica está dada no sólo por la cosificación de la mujer y del niño por nacer y por la afectación de ciertos derechos humanos implicados, como la dignidad de la persona, la identidad, la no discriminación, sino además porque atraviesa una de las fibras más íntimas de todo ser humano. Actualmente existe un vacío legal en nuestro país respecto a la regulación de esta práctica. En consecuencia, cobra especial relevancia la interpretación de la normativa vigente para el correcto tratamiento del tema. El trabajo pretende contribuir a visibilizar la problemática en cuestión, los avances de la ciencia, su adecuada utilización y a plantear los límites éticos junto con sus consecuencias tanto sociales como jurídicas, recordando que las normas orientan la

---

\* Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires, Maestría en Ética Médica, Universidad Católica Argentina. Abogada miembro del comité de bioética del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). Conferencista nacional e internacional. Numerosos artículos publicados. Consultora ética nacional e internacional. Contacto: <evangelina\_belen@hotmail.com>. Fecha de recepción: 07/07/ 2022. Fecha de aprobación: 24/08/2022.

conducta humana cumpliendo de esta forma no sólo con una función normativa sino también con una función educativa. Plantear un debate serio con argumentos sólidos y solventes, es el camino a seguir para fortalecer el diálogo interdisciplinario que nos ayude a esclarecer los límites éticos y jurídicos sobre la gestación por subrogación de vientres.

**PALABRAS CLAVE:** Fertilización asistida; gestación por sustitución; alquiler de vientres; maternidad subrogada; dilemas bioéticos; bioderecho.

**ABSTRACT:** In the present work, the ethical and legal dilemmas that arise around one of the assisted fertilization techniques commonly called “gestation by surrogacy of wombs” are analyzed. The controversy generated by this practice is given not only by the objectification of women and unborn children and by the affectation of certain human rights involved, such as the dignity of the person, identity, non-discrimination, but also because it goes through a of the most intimate fibers of every human being. Currently there is a legal vacuum in our country regarding the regulation of this practice. Consequently, the interpretation of current regulations for the correct treatment of the subject is especially relevant. The work aims to contribute to making visible the problem in question, the advances in science, its proper use and to set forth the ethical limits together with their social and legal consequences, remembering that the rules guide human behavior thus complying not only with a normative function but also with an educational function. Raising a serious debate with solid and solvent arguments is the way forward to strengthen the interdisciplinary dialogue that helps us clarify the ethical and legal limits on gestation by surrogacy.

**KEYWORDS:** Assisted fertilization; surrogacy; bioethical dilemmas; filiation; biolaw.

*Pero, ¡hijo mío! - exclamó el director,  
volviéndose bruscamente hacia él -  
¿De veras no lo comprende? ¿No puede comprenderlo?  
- Levantó una mano, con expresión solemne -  
El Método Bokanovsky es uno de los mayores  
instrumentos de la estabilidad social.  
Hombres y mujeres estandarizados, en grupos uniformes.  
Todo el personal de una fábrica podía ser el producto de un  
solo óvulo bokanovskificado.  
Aldous Huxley<sup>1</sup>, 1932.*

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n el presente trabajo me propongo visibilizar una novedosa y polémica técnica de reproducción asistida, la gestación por subrogación de vientres. Abordaré el estudio de implicancias bioéticas y jurídicas que surgen a partir de esta práctica.

A su vez, analizaré si a través de su práctica y a la luz de la bioética, se conculcan derechos humanos, ya sea de los que desean ser padres a través de esta técnica, como así también de la madre subrogante, del niño por nacer y de terceros implicados.

La hipótesis de estudio que guía el presente trabajo es que utilizar y promover la maternidad subrogada vulnera la dignidad del ser humano.

Es importante destacar que la bioética es la disciplina más adecuada que nos va a permitir analizar desde diferentes perspectivas científicas el tema, trabajando interdisciplinariamente enriqueciéndose con el aporte de las diferentes ciencias teniendo como único fin la protección del ser humano, su dignidad, sus de-

---

<sup>1</sup> HUXLEY, Aldous, *Un mundo feliz*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1992, p. 11.

rechos, su historia. Las ciencias deben orientarse a trabajar juntas, para lograr óptimos y más acertados resultados.

La bioética y el derecho han creado una relación que hará que ambas caminen de la mano, intentando resolver cuestiones de manera conjunta. Siguiendo el pensamiento de Potter, la bioética se debe ocupar de unir la ética y la biología, los valores éticos y los hechos biológicos, la bioética tiene por tarea enseñar como usar el conocimiento en el campo científico-biológico.<sup>2</sup>

La implicación entre el derecho y la bioética es de carácter intrínseco y, así como la contribución de aquél es fundamental para ésta, las aportaciones del análisis bioético se deben considerar de extrema utilidad para el derecho a la hora de elucidar los problemas suscitados por la biotecnología. Ambas disciplinas comparten una misma finalidad: el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos.<sup>3</sup>

## II. GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN DE VIENTRES

A fin de contribuir con una claridad conceptual, debemos comenzar definiendo gestación se subrogación de vientres, técnica que parece permitir concretar uno de los deseos más profundos de los seres humanos, que es la maternidad y/o paternidad, ya sea de manera unilateral o bien de una decisión consensuada dentro de una pareja. Las técnicas de crío-conservación fueron elaboradas en la década del 70' con animales, y sólo en la década siguiente se aplicaron al hombre. Hasta entonces, los embriones no transferidos se destruían o empleaban en investigaciones. Sin embargo, estas técnicas implican aún hoy un notable riesgo para la integridad y la supervivencia de los embriones, ya que la mayoría de ellos muere o sufre daños irreparables, tanto en la fase de con-

---

<sup>2</sup> SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, México, Diana, 1994, p. 37.

<sup>3</sup> BERGEL, Salvador Darío *et al.*, *Bioética en el nuevo Código civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 295.

gelación como en la de descongelación. Resultado de selección embrionaria. Además, recientes estudios sobre modelos animales han mostrado, en adultos provenientes de embriones congelados, diferencias significativas en aspectos morfo-funcionales y del comportamiento.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), hacen posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios.<sup>4</sup>

La primera dificultad que presenta este procedimiento es la cuestión terminológica. Podemos encontrar en la literatura científica varias expresiones que pretenden referirse al mismo hecho sin ser, sin embargo, equivalentes. Así vemos que se utilizan, junto a la de “maternidad subrogada”, expresiones como “gestación por sustitución”, “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución”, “madres de alquiler”, “alquiler de útero”, “maternidad de encargo”, “maternidad portadora”, “subrogación uterina”, etc. Como ha señalado Bellver, no todas ellas indican exactamente lo mismo, pero tienen en común “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz un bebé y atribuirlo a otra, otro u otros”.<sup>5</sup>

Phyllis Coleman, quien pensando a una familia matrimonial compuesta por personas de distinto sexo, expresó que la maternidad subrogada –como la denominó– es: “una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil”. La gestante es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre ca-

---

<sup>4</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, 2013, p. 17.

<sup>5</sup> BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones, El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Revista de Filosofía*, SCIO, núm. 11, 2015, p. 4.

sado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.<sup>6</sup>

Según sostiene Sambrizzi, “la razón y el sentido común se rebelan ante lo que ha dado en llamarse alquiler de vientres, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago de dinero, en gestar un ovulo de quien encargó al niño, aunque también puede ser 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”.<sup>7</sup>

En este sentido, la doctrina suele distinguir entre maternidad subrogada plena o total, que se refiere al supuesto en que la madre subrogada no solo gesta al bebé, sino que aporta también el óvulo, siendo por tanto madre biológica del niño, y, por otra parte, maternidad subrogada gestacional o parcial, en la cual la madre subrogada tan solo aporta la gestación, siendo el material genético de los padres intencionales o bien procedente de donantes.

Algunos autores utilizan cualquiera de las citadas expresiones indistintamente, si bien la más generalizada es la de “maternidad subrogada”, lo cual no está exento de críticas, pues hablar de subrogación cuando la gestante pone su material genético no es correcto y la palabra “maternidad” es mucho más amplia que la mera gestación.<sup>8</sup> El término que resulta más apropiado es gestación por subrogación.

En efecto, es incorrecto llamar “maternidad subrogada” por cuanto la maternidad engloba una realidad mucho más extensa

---

<sup>6</sup> COLEMAN, Phillys, “Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions”, *Tennessee Law Review*, núm. 50, 1982, pp. 71-118.

<sup>7</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001 p. 109.

<sup>8</sup> SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, núm. 8, 2006, pp. 181-182.

que la gestación. En estos casos, la maternidad no se subroga, sino la gestación, es decir, se gesta para otros. La gestante no tiene la voluntad de tener un hijo; lo que hace es justamente gestar para que el otro sea padre o madre. Por ende, se debe dilucidar la división entre maternidad y gestación.<sup>9</sup>

### III. IMPLICANCIAS BIOÉTICAS

La novedosa técnica de la gestación por subrogación de vientres trae aparejado diferentes dilemas bioéticos que en este trabajo nos permitimos presentar, siendo la bioética el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizados a luz de los valores y principios morales.<sup>10</sup>

La Bioética, tiene como puntos de referencia el valor fundamental de la vida, el valor trascendental de la persona, la concepción integral de la persona, que resulta como una síntesis unitaria de los valores físicos, psicológicos y espirituales; la relación de prioridad y complementariedad entre persona y sociedad, y una concepción personalista y comunal del amor conyugal.<sup>11</sup>

Considerando a la bioética como la disciplina central que nos orientará en este trabajo, es menester conceptualizarla. Según la *Encyclopedia of Bioethics* de 1978, se la define como el “estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizadas a la luz de los valores y principios morales”.<sup>12</sup>

En este sentido cabría preguntarse si se puede y/o debe ser madre a cualquier precio, bajo cualquier concepto y utilizando to-

---

<sup>9</sup> CANDAL, Leila, “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética*, núm. 1, 2010, pp. 174-188.

<sup>10</sup> REICH, Wt (coord), *Encyclopedia of Bioethics*, Nueva York, t. I., 1978, p. XIX.

<sup>11</sup> SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, México, Diana, 1996, p. 40.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 36.

das las técnicas que ofrece la ciencia sin hacer un análisis pormenorizado acerca de lo que es ético y lo que no lo es. ¿Debe estar el deseo por delante de todos los objetivos perseguidos? ¿Debe o no existir un límite en todo aquello que deseamos cuando se involucra a otro ser humano?

En 1979, los bioeticistas Tom Beauchamp y James Franklin Childress, definieron los cuatro principios de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Los principios de no maleficencia y de justicia resultarían vulnerados por esta nueva técnica. El principio de justicia, que implica “dar a cada uno lo suyo”, no resulta aplicado equitativamente en la gestación por subrogación, ya que quien desea el hijo lo obtiene mientras que al niño por nacer no se le respeta su interés superior. El principio de no maleficencia no estaría siendo aplicado a la vida por nacer, dado que este niño, en algunos casos no conocerá su completa y/o verdadera identidad.

En el centro de esta práctica se encuentra el niño por nacer, quien no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, o ser producido a cambio de obtener dinero. Kant decía que “aquellos que tienen precio pueden ser sustituidos por algo equivalente, en cambio lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”.<sup>13</sup>

El primero de los casos que se conoce sobre maternidad subrogada, data del año 1975, en Estados Unidos, donde una pareja estéril publicó un aviso en un periódico de California en el que requirió, con un ofrecimiento de remuneración, una mujer que se prestara para ser inseminada artificialmente, poco después comenzaron a publicarse avisos tanto de personas que requerían ese mismo servicio, como de quienes se ofrecían a prestarlo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> APARISSI MIRALLES, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, *El Derecho*, Argentina, 1998, núm. 179, p. 963.

<sup>14</sup> BARCELÓ, Alejandro, MOLLAR, Evangelina “Impacto social y legislativo del Informe Warnock: consecuencias de una visión utilitarista del embrión”,

En el año 1984, el Parlamento inglés encomienda a un grupo de expertos liderados por la profesora Mary Warnock una reflexión sobre la fertilización asistida y la embriología, a la luz de los recientes descubrimientos. El 26 de junio de 1984 se presenta el *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, conocido como “Informe Warnock”.

A la luz del mencionado informe Warnock, se analizan a continuación las premisas uno, dos, y cuatro de las que se analizan en dicho documento por considerarse más relevantes, al dar cuenta de las implicancias bioéticas acerca de la fertilización asistida.

Primera premisa: “La infertilidad es una enfermedad que exige ser resuelta mediante la fertilización asistida. El Informe describe literalmente la infertilidad como una “malformación” que debe ser superada a través de distintas técnicas”.<sup>15</sup>

En tiempos pasados, la problemática de la infertilidad era considerada un problema exclusivo de mujeres y no de hombres. El enfoque actual es entenderla como un problema de la pareja, aun cuando se puedan identificar causas que pertenezcan a uno u otro de sus miembros. El reconocerla o no como enfermedad tiene un impacto significativo a nivel cultural y crea un debate respecto de si existe o no un derecho a tener hijos biológicos. Desde otra perspectiva el tener hijos puede reconocerse como un deseo, no como una necesidad, por lo tanto, no debería ser una urgencia demandada para que sea solventada por otros.<sup>16</sup>

Segunda premisa: “El embrión humano en sus primeras etapas es una colección de células que no goza de los derechos propios de los seres humanos desarrollados”.<sup>17</sup>

---

*Revista Ética y persona*, núm. 10, 2009, pp. 47-57, disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/1390>>.

<sup>15</sup> WARNOCK, Mary, *A question of life, The Warnock Report on Human Fertilization & Embryology, Introduction*, Oxford, Reino Unido, Basil Blackwell Ltd, 1985, p. XV.

<sup>16</sup> BARCELÓ, Alejandro y MOLLAR, Evangelina, *op. cit.*, p.54.

<sup>17</sup> WARNOCK, Mary, *op. cit.*, p. XV.

El Informe Warnock defiende esta idea basándose en las siguientes afirmaciones:

- Miles de personas se beneficiarían con la manipulación e investigación sobre embriones humanos.
- Los dañados serían los embriones, pero como estos no pueden sentir dolor ni placer, su uso para la fertilización asistida y en investigación estaría justificada. Este informe argumenta textualmente: “Una colección de 4 ó 16 células es muy diferente a un ser humano adulto o a un feto humano totalmente desarrollado, el cual debe ser legítimamente tratado de manera diferente”.
- El Informe da origen a la teoría de la individuación, la cual sostiene que el embrión humano es un individuo a partir del día catorce de la fecundación, justificando su protección legal desde entonces.

Por un lado, el informe admite que la vida del embrión comienza con la fecundación y que una vez que la fertilización ha tenido lugar, el desarrollo se realiza de una forma continua y sistemática. A pesar de lo anterior el Informe propone en forma consensuada el día catorce como límite, *reconociendo un claro criterio de utilidad* en este argumento: “El punto no son los exactos catorce días elegidos sino la necesidad de poner un límite de días permitidos para la investigación desde la fertilización”.<sup>18</sup>

El Informe Warnock propone las bases del concepto de “pre-embrión” que comenzó a usarse a partir de 1986.<sup>19</sup>

Cuarta premisa: “La maternidad alquilada es inaceptable”.<sup>20</sup>

El Informe Warnock se refiere a la situación en la cual la gestación es realizada por una tercera persona, con óvulos que

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> FERRER, M. y PASTOR GARCÍA, L. M., “*Génesis y uso del término “pre-embrión en la literatura actual”*”, *Persona y Bioética*, vol.2, núm. 2, Colombia, 1998, p. 4.

<sup>20</sup> WARNOCK, Mary, *op. cit.*, p. XV.

pueden o no ser de ella, la llamada “*madre portadora*” o “*madre subrogada*”. El Informe sostiene que esto da lugar a contratos de alquiler, salvo en los casos donde es un familiar quien presta el vientre. Agrega, a su vez, que la relación entre la madre biológica y el niño es distorsionada; sostiene que ninguna mujer debería llevar el embarazo de otra con la finalidad de ganar dinero.<sup>21</sup>

Las madres sustitutivas o *subrogate mothers* son las mujeres que mediante una retribución han llevado a término por cuenta de terceros la gestión de embriones fecundados in vitro con óvulos y espermatozoides de otras personas comitentes. Se ha dado el caso de madres que aun teniendo hijos propios han desempeñado esta tarea de dar un hijo a su propia hermana estéril o el de una madre de alquiler que después de haber gestado el hijo que le habían encargado se rehusó a entregarlo al sentirlo propio. En este caso de la sustitución de útero la pareja comitente se mantiene ajena a esta madre añadida que, sin embargo, llega a estar íntimamente ligada al hijo por vínculos de estrecha comunicación biológica durante la gestación. Se origina así una manipulación de la corporeidad de un hijo que recibe el patrimonio genético de dos personas, mientras recibe la sangre, el alimento y la comunicación vital intrauterina (con consecuencias incluso a nivel psíquico) de otra persona, la madre sucedánea. Todo esto determina una serie de abusos en relación no solo con el matrimonio, sino también con el hijo, que llega a ser tratado como un ejemplar animal y no como una persona que tiene el derecho de reconocer a sus propios padres y de identificarse con ellos.<sup>22</sup>

No debemos olvidar que la raíz filosófica del Informe Warronck es la *visión utilitarista de Hume*. En este sentido es importante recordar que el mencionado filósofo argumenta que la distinción entre lo bueno y lo malo está dada por una sensación moral y no por la razón, negando la existencia de un mal moral objetivo. El utilitarismo determina que es bueno lo que genera un mayor

---

<sup>21</sup> BARCELÓ, Alejandro y MOLLAR, Evangelina, *op. cit.*, p. 55.

<sup>22</sup> SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 435.

beneficio al mayor número de personas, estableciendo de esta manera el criterio de utilidad como parámetro fundamental de la moralidad. Este criterio no reconoce valores absolutos y puede tolerar el daño a personas, siempre y cuando se justifique en el beneficio de otras. Este relativismo moral fue posteriormente reafirmado por la Prof. Mary Warnock al reconocer que, desde su perspectiva, la moral objetiva no existe.<sup>23</sup>

El utilitarismo propuesto en el Informe, sin embargo, no se basa únicamente en el criterio de utilidad. Propone lo que ha sido denominado “*utilitarismo sentimental*” en el sentido de que incorpora en el juicio moral del acto la percepción de la mayoría de las personas respecto de la decisión. Se trata, entonces, de involucrar en la decisión el sentimiento que provocan -en la mayor parte de las personas- las distintas visiones del problema. En este sentido, es importante reconocer que históricamente, debido al desconocimiento de la embriología humana, el embrión muchas veces no ha sido reconocido como sujeto de derecho dentro de la especie humana. Muchas ideas erróneas respecto de su desarrollo fundamentaron argumentos que relativizaban su valor. Es muy posible que el Informe Warnock haya finalmente recogido, representado y, a largo plazo defendido y fomentado, estas visiones incompletas del embrión humano. A consecuencia de lo anterior, ha ido perdiéndose la sensibilidad natural de la población respecto del deber de cuidar a los embriones como los miembros más frágiles de nuestra sociedad. La confusión que este informe ha llegado a generar respecto del valor ontológico de la persona humana en sus inicios, sólo puede ser contrarrestada con una educación adecuada acerca de la embriología del ser humano en sus inicios, que se ilumine con una correcta antropología, la que no es más que el reflejo de la intuición natural de toda madre que -en toda cultura y a lo largo de toda la historia- se reconoce como tal desde el primer momento en que sabe de su embarazo.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> WARNOCK, Mary, *op. cit.*, p. X.

<sup>24</sup> BARCELÓ, Alejandro y MOLLAR, Evangelina, *op. cit.*, p. 56.

Hay personas que se prestan a gestar un hijo para un tercero porque sienten que su acción es positiva, algo así como si hubiera donado un órgano, o porque al estar embarazadas, se sienten respetadas por los demás.<sup>25</sup>

Este método lejos está de ser catalogado como un acto de altruismo, debido a que los actos altruistas no pueden tener como medio a un ser humano avasallando su dignidad, considerándolo como una simple mercancía, ya que el objeto del contrato es el mismo niño quien se encarga, y adicionando gravedad al tema cuando se comprometen a pagar sumas de dinero.

Se transita por un límite muy delgado en cuanto a la *discriminación*, debido a que quienes encargan un niño con este método, frecuentemente puede elegir las características genéticas del mismo, algo similar a lo que se suele llamar “bebé a la carta”, recurriendo a técnicas que pueden conducir a la selección genética generando una casta especial y requerida de seres humanos y diferenciando lo que en un futuro puede ser ciudadano de primera y ciudadano de segunda, volviendo a cosificar a la persona humana, y siendo testigos una vez más como la realidad supera la ficción.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, *op. cit.*, p. 112.

<sup>26</sup> Ciertamente, a menos que nos decidamos a descentralizar y emplear la ciencia aplicada, no como un fin para el cual los seres humanos deben ser tenidos como medios, sino como el medio para producir una raza de individuos libres, sólo podremos elegir entre dos alternativas: o cierto número de totalitarismos nacionales, militarizados, que tendrán sus raíces en el terror que suscita la bomba atómica, y, en consecuencia, la destrucción de la civilización (o, si la guerra es limitada, la perpetuación del militarismo); o bien un solo totalitarismo supranacional cuya existencia sería provocada por el caos social que resultaría del rápido progreso tecnológico en general y la revolución atómica en particular, que se desarrollaría, a causa de la necesidad de eficiencia y estabilidad, hasta convertirse en la benéfica tiranía de la Utopía. Usted es quien paga con su dinero, y puede elegir a su gusto. HUXLEY, Aldous, *op. cit.*, p. 8.

Según algunos autores, estas técnicas provocan un detrimento en las relaciones afectivas gestadas. María Josefa Méndez Costa, afirma que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de interés.<sup>27</sup>

El daño al hijo no comienza ni concluye allí, pues 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 tal manera de lado las necesidades del recién nacido, que se hacen pasar a un segundo plano, mientras que se privilegia el deseo de quienes lo encargan.<sup>28</sup>

Otra de las cuestiones de las cuales el neonato será privado es del especial vínculo afectivo que se genera en el momento de la lactancia, ya que el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la madre que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese privilegio.<sup>29</sup>

Un aspecto del problema que a menudo se soslaya es que el objeto del contrato y de la compraventa no es sólo el útero de la madre sino también, y sobre todo el niño. En efecto, en los contratos de arrendamiento, si fuera objeto de compraventa solo la maternidad gestante, debería ser entregada a la madre portadora desde el comienzo del embarazo, como garantía de permanencia del hijo en el útero. En cambio, parte del dinero se entrega al final del embarazo, después del parto y si el hijo, por ejemplo, nace deforme, la pareja que lo encargó lo rechaza ¿Por qué comprometerse y pagar toda la cantidad pactada por un producto que no satisface la demanda?<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> MÉNDEZ COSTA, María, D'ANTONIO, Daniel H, *Derecho de familia T III*, Argentina, 1995, núm. 73 b, pp. 55 y 173.

<sup>28</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, *op. cit.*, p. 113.

<sup>29</sup> MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, *Revista el derecho*, 1999, pp. 1453 y 1454.

<sup>30</sup> SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 436.

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 biológicos sean también los padres legales, que no le oculten a su hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones.<sup>31</sup>

Zannoni enumera como razones que lo persuaden a manifestarse en contra de esta práctica, que considera nula, de nulidad absoluta, sea que se trate de un acuerdo a título oneroso o gratuito, que la misma provoca inicialmente una *situación de incertidumbre con relación a la filiación*, debido a la dicotomía existente entre la madre biológica y madre gestante, lo que hace que se desatienda el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses. Además añade que, se coloca al hijo como objeto de la relación jurídica establecida entre la portadora y los dueños del embrión, de la cual resultan una serie de obligaciones tales como la de no interrumpir voluntariamente el embarazo, facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el embarazo; también entregar al niño luego de nacido, recibiendo tanto la madre portadora y el embrión, primero como luego el niño, el tratamiento de cosas. Agrega Zannoni que, desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, esta especie de acuerdos quiebran el principio tradicional que ha permitido atribuir el hijo a la mujer que da a luz.<sup>32</sup>

Existe un riesgo enorme de deslizarse hacia la pendiente eugenésica, debido a que 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

---

<sup>31</sup> Mosso, Cralo J., “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”, *Revista El Derecho*, pp. 167-961.

<sup>32</sup> ZANONNI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 493 y ss.

tentación del hijo a la carta, con desprecio de la dignidad humana y el valor intrínseco de la vida humana.<sup>33</sup>

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.”<sup>34</sup>

Como ya mencionamos anteriormente, uno de los derechos que se ve conculcado es el derecho a la *dignidad*, que significa que la persona sea tratada con una especial consideración en comparación con los demás seres vivos, no pudiendo el ser humano, con fundamento en su libertad personal, darle a su cuerpo cualquier uso, como podría ser el del alquiler de su útero por parte de la mujer, que usa su cuerpo exclusivamente como un organismo reproductor, lo cual afecta la dignidad tanto de la madre como del hijo.<sup>35</sup>

También se afirman que estas técnicas permiten a las parejas que desean tener hijos, y que por múltiples razones no pueden hacerlo por sus propios medios, tener hijos biológicos. Sostienen que al igual que se donan órganos, e incluso se donan óvulos, lo cual hoy en día parece absolutamente normal, se puede ayudar a otra persona a gestar a su hijo, con el que la gestante no mantiene vínculo genético alguno.

Los anteriores argumentos resultan falaces, toda vez que, comparar órganos y óvulos con una persona por nacer no permite aceptar la analogía presentada, teniendo en cuenta que las personas por nacer tienen dignidad desde el mismo instante de su concepción y en este punto difieren con las características que

---

<sup>33</sup> BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, España, Dykinson, 1996, p. 183.

<sup>34</sup> VIDELA, Mirt, Berberé, DELGADO Jorge, *Los derechos humanos en la bioética, vivir, nacer, enfermar y morir*, Ad Hoc, 2007, p. 159.

<sup>35</sup> SAMBRIZZI, Eduardo, *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 115.

presentan el material anatómico de nuestro cuerpo. Por otro lado, existe el íntimo vínculo innegable que se genera durante la gestación entre la madre gestante y su hijo. La madre no puede ser considerada una incubadora ya que estaríamos dándole a la mujer un lugar inapropiado dentro de esta relación única.

Asimismo, se afirma que esta técnica está siendo reconocida cada vez en más países sin mayores problemas ni rechazo por parte de la población.

El hecho de que sea aceptada por algunos países no nos da la pauta de que sea correcto viralizarla en el resto del mundo. Está demostrado que existen conductas humanas que han sido aceptadas considerándolas apropiadas para la sociedad y con el tiempo se demostró lo dañinas que resultaron ser socialmente. Consideramos que es importante proponer un debate serio con profesionales calificados de distintas disciplinas y abordar la temática considerando siempre a la persona como el centro de análisis y aceptando que el fin no justifica los medios.

Además, se sostiene que, en un momento en que las tasas de natalidad están por debajo del índice adecuado, fomentar estas técnicas ayuda a aumentar el número de nacimientos. Es un proceso más sencillo que la adopción internacional, que permite a muchos padres serlo, en lugar de quedar incluido en largas filas de espera de las que nunca saldrán.

Se considera el derecho a fundar una familia como un derecho humano. Éste se menciona en la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros, y se debe ejercer de forma libre y responsable.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> En este esquema y para una mejor comprensión del enunciado, cabe señalar la idea de “derechos reproductivos” que se consolidó a nivel universal a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995. Estos instrumentos establecieron, entre otras cuestiones, que los derechos reproductivos abarcaban ciertos derechos humanos que ya estaban reconocidos en las leyes nacionales, en los documen-

En este sentido, Minyersky sostiene que “las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no sólo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado”.<sup>37</sup>

Finalmente se argumenta que la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.<sup>38</sup>

Estos argumentos también resultan falaces por considerar que atentan contra la dignidad de la madre gestante y del niño, pues son considerados como objeto de comercio. Como ha señalado Gómez Sánchez, “no hay discusión posible acerca de que la dignidad de la persona humana impide que sea objeto de un contrato

---

tos internacionales y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Incluían, también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia. Abarcan no sólo la forma “natural”, sino también las nuevas tecnologías reproductivas.

<sup>37</sup> MINYERSKY, Nelly, *El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del Derecho de Familia*, p. 79. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>>.

<sup>38</sup> LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Barcelona, julio 2012. Disponible en: <[www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909_es.pdf)>

y acerca de que el Ordenamiento jurídico no permite contratos de servicios como el de alquiler de útero<sup>39</sup>. Como dijimos anteriormente, ello supondría una cosificación y mercantilización del niño. Y los hijos no son una cosa, sino un don. En estos acuerdos se corre el riesgo de que al hijo se le vea como el objeto de un contrato y defender de esta manera un posible derecho al hijo como resultado de un proceso por el que se han pagado grandes cantidades de dinero. No se puede defender la existencia de un derecho al hijo, en todo caso son los hijos los que tendrían derecho a tener padres y a conocerlos y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible.<sup>40</sup>

#### IV. IMPLICANCIAS JURÍDICAS

Las nuevas tecnologías reproductivas han abierto horizontes insospechados en los que el interés del menor puede estar en riesgo. Es el caso de la maternidad subrogada o gestación por sustitución. La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado prácticamente de solo dos aspectos, a los que hay que hacer referencia, la cuestión de la inscripción en el país de origen de los padres intencionales o comitentes de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, por un lado, y, por otro lado, el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, que obviamente redundan en interés del menor en estos casos. Pero hay otras muchas cuestiones que en este terreno de la gestación por sustitución afec-

---

<sup>39</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 141.

<sup>40</sup> Así lo defiende el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al decir: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

tan también al menor y que de momento no están siendo objeto de excesiva atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>41</sup>

La doctrina parece coincidir en que éste se hallaría en la especial vulnerabilidad y debilidad de los menores, que al estar en proceso de maduración y desarrollo son todavía incapaces de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente responsabilidad, estando por ello ante sujetos de derecho merecedores de una especial atención, protección, previsión y promoción. Pero de todos modos no hay unanimidad al respecto, pues hay autores como Liebel que opinan que “al pensarlos y tratarlos sólo en su calidad de ‘seres en desarrollo’ (ingl. *becomings*) en vez de como ‘seres completos’ (*beings*), subestimamos y subvaloramos sus intereses y su capacidad de acción y también disminuimos su peso en la sociedad”.<sup>42</sup>

Pero esta simple clasificación no da cuenta de todas las posibilidades en juego, ni de la existencia en su caso del contrato de gestación, ni de la participación de entidades gestoras y mediadoras entre los sujetos participantes, ni de la diversidad de circunstancias que pueden concurrir, y sobre todo no da cuenta de la complejísima problemática y conflictos a los que puede dar lugar. Más interesante resulta por ello el análisis de las distintas modalidades llevado a cabo por Bellver, que ayuda a comprender la complejidad del fenómeno a través de una clasificación que incluye varios criterios, a saber: (1) la finalidad con la que actúa la gestante; (2) las condiciones de entrega del bebé; (3) el origen de la dotación genética del bebé; (4) el tipo de padres legales que tendrá el bebé resultante de la maternidad subrogada; (5) la causa por la que se recurre a la subrogación; (6) la localización geográfica de los comitentes y la gestante; (7) el nivel de conocimiento y libertad

---

<sup>41</sup> GARIBO PEYRÓ, Ana Paz, *El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, Universidad de Valencia, XXVIII, 2017, p. 246.

<sup>42</sup> LIEBEL, M., “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 43-61.

de la gestante; (8) las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante.<sup>43</sup>

## V. LEGISLACIÓN ARGENTINA

El sistema jurídico argentino cuenta con una norma sobre reproducción medicamente asistida, la ley n° 26.862 sancionada por el Congreso de la Nación en el año 2013. Esta ley tiene por finalidad “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”, entendiéndose por éstas a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, dentro de los cuales se comprende a las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, y los procedimientos y técnicas que se desarrollen en el futuro autorizados por la autoridad de aplicación.<sup>44</sup>

Más allá de las críticas que merece la ley 26.862 en lo que concierne al punto que estamos analizando, corresponde señalar que la “maternidad subrogada” no fue incorporada como técnica autorizada en el articulado de esa norma.<sup>45</sup>

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) contempla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), lo hace dentro del seno de la pareja, es decir, con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer, y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, aparece una tercera persona (ajena) que es quien gesta al bebé.

---

<sup>43</sup> BELLVER CAPELLA, V., *op. cit.*, p. 5.

<sup>44</sup> Ley 26.862 arts. 1-2 sancionada en el año 2013, disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>>

<sup>45</sup> LAFFERRIERE, NICOLAS, *La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina*, Centro de Bioética, persona y familia, 2017, disponible en: <<https://centrodebioetica.org/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>>

El artículo 562 del CCyCN dispone que “los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscriptos en el registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quienes hayan aportado los gametos. Es decir que, según el Código, no interesa quien aportó el óvulo y los espermatozoides, sino quien dio a luz y quien expresó su voluntad procreacional; de esa manera habría padres biológicos y padres legales.

Resulta claro que el legislador se pronunció en contra de la maternidad por sustitución al sancionar el actual artículo 562 del CCyCN. Ello teniendo en cuenta que, en el Proyecto enviado por el Poder ejecutivo al Congreso, redactado por la Comisión Reformadora, ese artículo tenía una redacción totalmente distinta.<sup>46</sup>

En el proyecto se disponía que en esos casos la filiación quedara establecida entre el niño nacido y el o los comitentes. Los legisladores optaron por un régimen diferente al proyectado.

---

<sup>46</sup> Art. 562 *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 de el o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo 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 posee imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término, e) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces h) la gestante ha dado a luz al menos un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

El CCyCN, en su artículo 19, dispone que la existencia de la persona comienza desde la concepción. El artículo 21, por su parte, establece que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. En materia penal no es posible extender los tipos penales por analogía. La destrucción, selección, experimentación y producción de embriones humanos in vitro, se encuentran impunes en el Código Penal argentino, al no estar tipificadas estas acciones.

A nivel constitucional, el embrión se encuentra protegido por la declaración interpretativa que hace nuestro país al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, convención con jerarquía constitucional desde el año 1994 (art. 75 inc. 22 CN), que expresa que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción, sin estar limitado este artículo a la concepción en el seno materno.

El contrato de maternidad subrogada tiene por objeto que una mujer se comprometa a gestar a una persona por nacer, concebida previamente por técnicas de procreación artificial, y entregarla a los requirentes luego del parto. El objeto de este contrato recae tanto en el “servicio” de gestar como en la obligación de entrega de la persona por nacer. Para la doctrina civilista clásica, el objeto de este acto jurídico es contrario a la moral y las buenas costumbres (art. 279 CCyCN). Estamos ante un objeto que afecta la dignidad de la persona humana y contradice normas de orden público (art. 279 CCyCN). Por estas razones, se trata de un acto jurídico nulo y de nulidad absoluta (art. 386 CCyCN), cuya nulidad debe ser declarada de oficio, no puede ser exigible judicialmente, no puede ser confirmado y su nulidad es imprescriptible (art. 387 CCyCN).<sup>47</sup>

El CCyCN establece en su art.1004, en su regulación sobre los contratos, “no pueden ser objeto de los contratos los hechos que

---

<sup>47</sup> LAFFERIERRE, Nicolás, *op. cit.* Disponible en: <<https://centrodebioetica.org/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>>.

son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

Todos los seres humanos poseemos dignidad, ya que somos seres ontológicamente fundados. Esta dignidad debe ser respetada siempre, en todo momento y circunstancias. Desde el inicio al fin de nuestras vidas. No puede considerarse legal una práctica donde el objeto de un contrato sea, nada más y nada menos que un ser humano, agravado por mediar el pago de un dinero para obtener el cumplimiento de un contrato. Entre las normas que violenta el contrato de maternidad subrogada se encuentran las que buscan preservar la relación madre-hijo, la pronta identificación del recién nacido, la protección del derecho a la identidad y la prevención del tráfico de niños. Hay figuras penales específicas sobre los actos de privación o sustracción de elementos configurantes de la identidad de un niño y ello configura una clara prohibición, que no es subsanable por la autonomía de la voluntad. La ley 24.540 (1995) regula expresamente el régimen de identificación de los recién nacidos y tal política se configura como una exigencia de orden público en nuestro país. 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”.<sup>48</sup>

El CCyCN también prohíbe la entrega directa de niños de forma muy categórica:

ARTICULO 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo,

---

<sup>48</sup> *Idem.*

así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensio guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Los términos de este artículo no dejan dudas sobre la amplitud de la prohibición, de tal modo que sería contradictorio admitir que por simple contrato se pacte la entrega directa de un niño, alegando como único fundamento que se realiza con la intermediación técnica rentada de un centro de procreación artificial. Por otra parte, la adopción es un proceso excepcional y judicialmente controlado, que ofrece garantías para resguardar la identidad del niño y comprobar la idoneidad de los padres. En cambio, la maternidad subrogada se realiza fuera de todo control judicial. Incluso, el CCyCN exige que una madre no dé en adopción a su hijo sino luego de que hayan pasado al menos 45 días del nacimiento (art. 607 inciso b).<sup>49</sup>

En el sistema legal argentino la filiación materna puede tener lugar por dos vías: por la comprobación del hecho del parto, conforme el art. 565 del CCyCN. (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del art. 562 del CCyCN), o bien mediante la adopción, ya sea de forma individual o conjunta, de un menor no relacionado biológicamente con ninguno de los adoptantes o descendiente genético de uno de ellos. Para el caso de un menor que es descendiente genético de uno de los miembros de una pareja, la Sección 4º del Capítulo V, Título VI del cuerpo civil y comercial, contempla la adopción de

---

<sup>49</sup> *Idem.*

integración por el otro integrante de la unión o matrimonio y sin distinguir si el adoptante es varón o mujer.<sup>50</sup>

En el ordenamiento jurídico argentino el interés del menor es el eje central de cualquier decisión administrativa, judicial o privada. Este estándar no es un valor programático, sino que posee un contenido legal vinculante como principio que informa la actuación de todos los poderes públicos. Esto significa que, en cada situación a resolver, los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión —el derecho del menor a estar con sus padres, el derecho a la salvaguarda de su integridad física y moral, el derecho a la educación, entre otros— al momento de cobrar vigencia efectiva deberán concretarse en una única decisión destinada a optimizar este principio, otorgándole contenido específico.<sup>51</sup>

Las situaciones generadas a partir de la gestación por subrogación entre las personas involucradas son diversas; hay casos en que quien admite gestar al niño lo hace ante la imposibilidad de la mujer que desea tener un hijo y por razones familiares o de amistad; en otros se puede hacer por dinero, quienes desean ser padres pueden ser parejas heterosexuales u homosexuales, casadas o no, o bien personas solas, existen supuestos en que los comitentes o la gestante aportan los genomas y otros que no.

Es posible, por otra parte, que se generen discrepancias entre los padres comitentes y la madre gestante acerca del modo de llevar adelante el embarazo y de los cuidados que durante el mismo debe tener el bebé. El caso más extremo en este contexto sería aquel en el que se plantean desacuerdos sobre la continuidad o no de la gestación, por ejemplo, cuando el niño concebido tiene alguna malformación o discapacidad. Es posible que los padres de intención rechacen en este caso al niño, pues al haber pagado un

---

<sup>50</sup> ALES URÍA, Mercedes, “Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal”, *La Ley*, 2021, p. 2, disponible en: <[https://ucema.edu.ar/sites/default/files/2021-06/DFyP\\_ALES\\_UR%C3%8DA.pdf](https://ucema.edu.ar/sites/default/files/2021-06/DFyP_ALES_UR%C3%8DA.pdf)>.

<sup>51</sup> *Idem*.

precio por el mismo, entra dentro de la lógica de mercado querer “controlar la calidad” de aquello por lo que han pagado, por muy crudo que resulte exponerlo así.<sup>52</sup>

El procedimiento de gestación por subrogación de vientres no está regulado en Argentina, dando lugar así a diferentes interpretaciones. La justificación que lo no prohibido está permitido<sup>53</sup>, que solo analíticamente cierra el sistema normativo a nivel teórico no satisface como explicación para fundamentar la aprobación de la conducta positiva de práctica de la técnica. Es una lectura simplista que no tiene en cuenta a la totalidad del ordenamiento. No puede desconocerse la existencia de lagunas en el derecho, como tampoco su falta de plenitud y de coherencia.<sup>54</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Actualmente y debido a los grandes avances de la ciencia nos encontramos como sociedad en el momento oportuno para desarrollar un debate sobre la gestación por subrogación de vientres, como técnica de reproducción asistida.

Es común sostener que esta técnica puede ser defendida como un derecho al que podrían acceder quienes no pueden tener hijos a través de otros medios. El hijo sería objeto a conseguir, mediante un contrato y quizás mediando algún tipo de agencia dedicada a tramitar este tipo de acuerdos.

De esta manera, para el hombre la vida llega a ser simplemente “una cosa” que él reivindica como su propiedad exclusiva,

---

<sup>52</sup> GARIBÓ PEYRÓ, Ana Paz, *op. cit.*, p 13.

<sup>53</sup> Proveniente de la creencia kelseniana, según la cual todo sistema jurídico es completo para justificar la plenitud del mismo.

<sup>54</sup> La coherencia supone que, en el ordenamiento jurídico, no existen normas incompatibles entre sí. Los ordenamientos jurídicos realmente existentes no son totalmente coherentes. De ahí que nos encontremos con el problema de las antinomias.

totalmente dominable y manipulable. Se preocupa solo del hacer y recurriendo a cualquier forma de tecnología, se afana por programar, controlar y dominar el nacimiento y la muerte.<sup>55</sup>

El hecho de que en el contrato no medie dinero parece tender, aunque ficticiamente, a proteger a las partes que intervienen, pero nada parece proteger a los derechos del niño por nacer.

En nuestro país el contrato por gestación subrogada no está previsto. A partir de una interpretación armónica de la normativa vigente se puede concluir que un contrato con tal finalidad sería considerado nulo por objeto ilícito.

No existe ninguna regulación que pueda evitar el desgarramiento de la separación de la madre que lo gestó, su mercantilización, manipulación genética, los problemas de identidad y problemas psicosociales que en su caso pueda tener, la imposibilidad en algunos casos de conocer sus orígenes biológicos, derecho a la identidad, y otros problemas que afectan a su interés superior.

La ley debe y tiene como función la de proteger ciertos valores fundamentales, necesarios e indispensables para garantizar el bien común, pero cuando la ley no protege un bien esencial para la convivencia y para el bien común, ya no es ley y debe ser cambiada o recusada por objeción de conciencia.

Por lo tanto, se desprende del análisis efectuado, que luego de considerar y analizar las implicancias bioéticas y jurídicas, la técnica de gestación por subrogación conculca derechos esenciales de la persona humana, tales como la dignidad, a la identidad, la no discriminación. Del mismo modo se ven afectados los principios dominantes de la bioética de no maleficencia y justicia.

Resulta imprescindible ampliar el debate interdisciplinario a fin de encontrar soluciones frente a los dilemas éticos y jurídicos; por ejemplo, plantear la posibilidad de la utilización de los recursos para educar a la población en su sexualidad, responsabilidad y en trabajar el verdadero deseo de ser padres. ¿Se es padre solo ges-

---

<sup>55</sup> SCOLA, Ángel, *¿Qué es la vida?*, Madrid, Encuentros ediciones, 1999, p. 276.

tando? ¿Qué sucede con la institución de la adopción y esos niños ya nacidos que esperan una familia? Quizás, se debería trabajar en una reforma positiva de la institución de la adopción.

De asumir el derecho irrestricto a la gestación por subrogación de vientres ¿No se corre el riesgo de legitimar e incluso promover, una nueva forma de cosificación y manipulación de la gestación de la vida y de las personas?

