

# MATERNIDAD SUBROGADA ¿EL OXÍMORON ACTUAL DE LOS VIENTRES LIBRES?

SURROGACY

IS IT THE CURRENT OXYMORON OF FREE BELLIES?

Recibido: 21/10/2021 – Aceptado: 04/02/2022

**Ezequiel Caride<sup>1</sup>**

 <http://orcid.org/0000-0001-7935-3965>

Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA)

ezequielcaride@uca.edu.ar

<sup>1</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA). Especialista en Derecho de Familia, Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA). Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Rosario (UNR). Doctorando en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA). Profesor de posgrado e investigador, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA).

## Resumen

El trabajo revisa una postura favorable a la maternidad subrogada, similar a la que se formuló para avalar la legislación decimonónica sobre libertad de vientres de las mujeres esclavas. Para ello se analizan los hechos de un caso judicial; la caracterización sumaria de la esclavitud y las medidas que terminaron con su abolición; se profundiza en la declaración solemne sobre libertad de vientres, los intereses que protegió y los criterios que la fundaron; y se analiza la práctica reproductiva, el contexto social latinoamericano, la falta de autonomía de la gestante y su vinculación con el tráfico de niños; sobre esas bases, se concluye que la defensa basada en la libertad de la mujer de gestar para otros, resulta un oxímoron para garantizar la estabilidad de los contratos de gestación por sustitución y las situaciones abusivas asociadas a ellos.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada; Libertad de vientres; Tráfico de niños; Dignidad de la mujer.

## Abstract

This paper reviews a favorable position to surrogacy, similar to the one formulated to endorse the nineteenth-century legislation on freedom of the wombs of slave women. To this end, this paper analyzes the facts of a judicial case; a brief characterization of slavery and the measures that resolved its abolition. It delves into the solemn declaration of freedom of the bellies, the interests that it protected and the criteria that founded it. And, furthermore, this essay studies the reproductive practice, the Latin American social context, the lack of autonomy of the pregnant woman, and her connection with the trafficking of children. On these bases, it is concluded that the defense based on women's freedom to gestate for others is an oxymoron to guarantee the stability of the surrogacy contracts and the abusive situations associated with them.

**Keywords:** Surrogacy; Freedom of bellies; Child trafficking; Slavery; Dignity of women.

## Sumario

1. Introducción
2. Los hechos nebulosos de un caso
3. Esclavitud y trata de personas
4. Declaración de libertad de vientres en el siglo XIX
5. Maternidad subrogada en el siglo XXI
  - 5.1 Caracterización
  - 5.2 Contexto social
  - 5.3 Autonomía de voluntad de la gestante
  - 5.4 Tráfico de niños
6. Conclusión
7. Bibliografía

### 1. Introducción

**E**n este trabajo se tratará la siguiente cuestión: si la postura que legitima actualmente la maternidad subrogada se funda, entre otros argumentos, en el oxímoron decimonónico de los vientres libres de mujeres esclavas.

Para ello se extraerán datos del trasfondo humano y social de la maternidad subrogada a partir de los hechos que surgen de modo brumoso en una resolución judicial reciente<sup>2</sup>; para luego delimitar sumariamente las condiciones de esclavitud y trata de personas; a continuación ver los lineamientos y posible finalidad de las declaraciones de libertad de vientres en la normativa decimonónica; y seguir con las características del contrato de maternidad subrogada de las últimas décadas, con sus consecuencias sociales y jurídicas en las mujeres gestantes.

Por último, se presentará una conclusión sobre la cuestión tratada, como consecuencia de las consideraciones precedentes.

2 CNCiv. Sala K, causa "F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación", del 28 de octubre de 2020 (con voto de mayoría integrada por los Dres. Osvaldo O. Álvarez y Oscar J. Ameal que rechazó la demanda y disidencia de la Dra. Silvia P. Bermejo). *Diario La Ley* 21/12/2020, pág. 7.

## 2. Los hechos nebulosos de un caso

En el presente trabajo se analizarán los hechos relatados en una sentencia judicial, sin desconocer la riqueza de matices que pueden surgir en las diferentes circunstancias donde se intente realizar una maternidad subrogada, como la existencia de algún elemento extranjero, dadores de gametos, otros familiares involucrados y las distintas características personales y de salubridad que pueden darse en los comitentes<sup>3</sup>.

En el reciente caso judicial, dos varones promovieron una demanda de filiación contra la mujer gestante, solicitando que se la desplace de su estado de madre, y se ordene la rectificación de la partida de nacimiento, a consecuencia que la niña nació por intermedio de técnicas de reproducción humana asistida, con el aporte genético de uno de ellos y *ovodonación*, actuando la demandada como gestante, sin voluntad de ser madre<sup>4</sup>.

Los demandantes señalaron sus trayectorias profesionales con estudios universitarios y de posgrado, y relataron el inicio, tiempo atrás, de la relación de pareja, con convivencia, y, posteriormente, el enlace civil contraído y el deseo de ser padres, estudiando para ello las distintas alternativas existentes.

Luego refirieron que la mujer que gestó y dio a luz a la niña, “trabajaba para ellos” desde hacía un tiempo y que ofreció de *motu proprio* su vientre de manera “libre, altruista y desinteresada” para llevar adelante la práctica médica

3 Ver la sistematización de diferentes casos judiciales realizada en LAFERRIERE, Jorge Nicolás. “Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial”. *Estudios de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho. Buenos Aires: La Ley, 2017, págs. 53–80.

4 Ver comentarios críticos al fallo mayoritario de BERTERREIX, María Laura. “Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Tomo 2021–A y QUAINI, Fabiana. “La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Tomo 2021–A ; y comentarios favorables de SAMBRIZZI, Eduardo A. “Correcto rechazo a un reclamo de maternidad subrogada”. *El Derecho*. Buenos Aires: El Derecho, 2021. Nº 02–febrero/23/2021; y ALES URÍA, Mercedes. “Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas (DFyP)*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Nº 3 Jun., pág. 73–81

y el embarazo consecuente. En una audiencia posterior de la causa, la mujer gestante informó que era soltera y que nunca estuvo casada anteriormente, y prestó conformidad a la acción entablada.

Hasta ahí los pocos datos de la mujer gestante y su vínculo con los accionantes que surgen del relato de los hechos del caso.

Bajo ese prisma, aparece un trasfondo sobre la realidad económica y social de la mujer gestante, sus apoyos y cargas familiares, las externalidades de costos que implicó la gestación sustitutiva y la información nebulosa en el tema de la antigüedad, horario, escala salarial y tipo de tareas que realizaba la demandada, que delimitarían su categoría laboral, modalidad de la prestación de servicios y los alcances de la dependencia denunciada.

Se profundizan las dudas sobre la situación de sujeción de la mujer gestante en el caso, ante la existencia de una incompatibilidad entre el “altruismo” y “libertad” de la decisión femenina que denunciaron los comitentes implicados y la presunción de onerosidad de la relación de trabajo<sup>5</sup>, que podría ser un indicio de fraude a la ley laboral que unía a las partes y un menoscabo de los principios protectorios que rigen en nuestro ordenamiento jurídico en favor del trabajador.

A todo ello, se suma la falta de información en el caso sobre la actuación de la agencia médica intermediaria, los compromisos asumidos con los comitentes y los estudios, medicación y prácticas médicas a las que se sometió a la mujer, y si se cumplió, en las circunstancias del caso, con las condiciones de consentimiento previo informado, trato obstétrico digno, y de cuidado, en general, de la embarazada<sup>6</sup>, atento su situación de especial vulnerabilidad<sup>7</sup>. Por consiguiente, nos encontramos en el caso bajo análisis, con un relato de espontaneidad en la ejecución de actos gratuitos que resulta contradictorios con los intercambios

5 ARGENTINA. Ley 20.744. Régimen de contrato de trabajo. Disponible en: <https://bit.ly/3M7uKv6> Art. 115.

6 ARGENTINA. Ley Nº 24.430. Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22 y 23. Disponible en: <https://bit.ly/3hhUelf> y NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Art. 4.2 y 6. Disponible en: <https://bit.ly/3BTHpx6>; ARGENTINA. Ley Nº 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. 355ej21Arts. 2, 3 y 4. Disponible en: <https://bit.ly/> ARGENTINA. Ley Nº 25.929. Parto humanizado. Disponible en: <https://bit.ly/3hkhkOn>

7 Corte IDH. Caso “Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011. *Fondo y Reparaciones* del 24/2/2011. párr. 97. Disponible en: <https://bit.ly/3lptH7L>

onerosos de las partes y con la relación de dependencia de la gestante, y que nos permiten entrever el difícil contexto social en que la mujer se desenvuelve en la práctica de la maternidad subrogada, más cercano a una sujeción afín a la esclavitud, que a los actos de beneficencia social alegados.

### 3. Esclavitud y trata de personas

La esclavitud, desde la antigüedad, resultaba una institución del *ius gentium* vinculada a una estructura económica y productiva de la sociedad, que existió desde los albores de los distintos pueblos y culturas, disociando al hombre de los atributos que lo caracterizan como persona.

Más allá de la situación social variable en la que se podían encontrar los esclavos y la posibilidad de realizar ciertos actos en nombre de otros en la vida negocial de la comunidad, se configuraban jurídicamente en la noción de “cosa”, que se puede adquirir, ser utilizados de conformidad a las necesidades del “mercado”, o, en su caso, destruidos, por quien ejerce su dominio<sup>8</sup>.

Se terminaba con la condición jurídica de esclavitud de la persona, por medio de la *manumisión*, es decir con el acto por el cual el *dominus* le otorgaba la libertad a su esclavo.

Aun cuando en la tradición jurídica española se advertía que los hombres eran “naturalmente libres” y que la esclavitud se consideraba una postura contraria a la “razón de naturaleza”, fue una institución reconocida en la época hispánica de nuestro país, en atención a su arraigo desde la antigüedad, a partir de la condición de servidumbre que surgía de los prisioneros de guerra, “los que nacen de madre esclava” y aquellos que siendo libres se dejan vender en esa condición<sup>9</sup>.

Detalló además la legislación del rey sabio que, si el padre era libre y la madre esclava, el nacido sería esclavo, si la embarazada obtuviera la libertad cuando lo llevaba en el vientre, el hijo que nazca sería libre y si el padre fuera esclavo y la madre libre, el niño sería libre, porque “siempre los hijos siguen la condición de su madre”<sup>10</sup>.

8 DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1999, págs. 83-88.

9 *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. Partida 4ª, Título 21, Ley 1. <https://bit.ly/3vm2RK6>

10 *Ibidem*. Partida 4ª, Título 21, Ley 2.

Más allá que las personas en condición de esclavitud en la región del Plata recibieron, en general, un trato y condiciones benignas, cierta esfera de derechos y protección judicial, surgieron iniciativas, como las instrucciones del Cabildo de Buenos Aires a su apoderado Juan Martín de Pueyrredón el 1 de noviembre de 1806, que, en la época hispánica, buscaron desterrar el sistema esclavista de nuestro suelo, para romper las cadenas de la aberrante servidumbre<sup>11</sup>.

Con el movimiento emancipador de España en Latinoamérica se replantearon asuntos políticos y problemas sociales, constituyéndose un proceso favorable a la abolición de la esclavitud; por lo que la liberación de los esclavos, que tenía un sentido humanitario, tuvo también un evidente propósito político, para atraer a sectores de la población al movimiento independentista<sup>12</sup>.

En ese orden de conceptos, en los tiempos de la independencia y organización del país se fueron tomando diversas medidas, con sus avances y retrocesos, vinculadas a la temática de la esclavitud, como las limitaciones y posterior abolición del tráfico de esclavos, “la libertad de vientres”, reiteradas manumisiones cívicas y el rescate para el servicio de las armas patriotas<sup>13</sup>.

Todo ello hasta llegar a los términos contundentes del artículo 15 de la Constitución Nacional, donde se declara, entre otras disposiciones, que en nuestro país no hay esclavos, que el contrato de compraventa de personas resulta “un crimen” del que serán responsables los que lo celebraron y el escribano o funcionario que lo autorice, y que los esclavos, que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio del país.

Por último, en la reforma de 1957 se agregó el “principio protectorio” en el artículo 14 bis, y con la jerarquía constitucional, en la reforma de 1994, de los tratados internacionales de derechos humanos, se refuerzan las disposiciones constitucionales, especialmente con el artículo 6 del Pacto de San José de Costa

11 LEVAGGI, Abelardo. “La condición jurídica del esclavo en la época hispánica”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1973. N° 1, págs. 83-175.

12 SEOANE, María Isabel. “Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1990. N° 18, págs. 355-438.

13 CASTELLANO SAENZ CAVIA, Rafael M. “La abolición de la esclavitud en las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810-1860)”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1981. N° 9, págs. 35-157.

Rica, que establece la prohibición absoluta de la trata de esclavos y servidumbres, “en todas sus formas”<sup>14</sup>.

Conforme a nuestro ordenamiento constitucional de carácter rígido, los fines que se propusieron en la Carta Magna en las generaciones pasadas, como la abolición de la esclavitud en todas sus formas, deben ser interpretados actualmente conforme a las condiciones del presente y con la mira puesta en los problemas del presente, para que el derecho reconocido en el pasado reciba su fuerza y efecto de la presente generación<sup>15</sup>.

Ahora bien, mientras subsistan mujeres en condiciones de trata, porque se encuentran a merced del engaño o la fuerza de quienes tienen un dominio absoluto sobre ellas, para utilizarlas como máquinas de hacer dinero de sus explotadores, se puede concluir que la abolición enfática de la esclavitud dispuesta en nuestro orden constitucional no reflejará la realidad anómala de las servidumbres existentes<sup>16</sup>.

Las situaciones de trata de mujeres de la hora actual, entre ellas la mujer gestante para otros, nos recuerdan una reflexión que señala que en las remembranzas del pasado, las circunstancias y experiencia del presente permiten que cobre un viso diferente el pasado, dándole una nueva luz y posibilitando leerlo con mayor profundidad<sup>17</sup>.

#### **4. Declaración de libertad de vientres del siglo XIX**

Resulta un lugar común ubicar con los movimientos políticos libertarios de la América española el tiempo en que decididamente surgía un proceso que se inclinaba a la corriente abolicionista de la esclavitud, y dentro de ese desarrollo liberador se emplaza habitualmente la decisión del 2 de febrero de 1813 de

14 GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4ª edición. Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I, págs. 229-231.

15 CSJN. Fallos 289:430 “Berçaitz, Miguel Ángel s/Jubilación” (1974).

16 RODRÍGUEZ VARELA, Alberto. “Esclavitud y trata de personas”. *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965. Sec. Doctrina 1965-I, pág. 15.

17 MEESTER, Conrad de. *Las manos vacías. El mensaje de Teresa de Lisieux*. Trad. Emeterio G. Setién. 8ª edición. Buenos Aires: Monte Carmelo, 2007, pág. 95.



la Asamblea General Constituyente que ordenó la libertad de los hijos de las esclavas nacidos desde el 31 de enero de 1813.

Esa iniciativa fue ratificada en la constitución de 1826 y se dio de modo similar en Chile (1811) y en la provincia de Antioquía del Virreinato de Nueva Granada (1814), donde fue reiterado en el Congreso de la Gran Colombia de 1821, siempre en un horizonte futuro donde los “vientres” de las esclavas se liberarían, para paliar la profunda contradicción que implicaba mantener un régimen esclavista en las nuevas repúblicas americanas.

No obstante, la ley de “libertad de vientres” establecía solamente una promesa condicionada de emancipación para los niños por nacer, y el mantenimiento de la condición de las esclavas, en consonancia con un criterio que procuraba evitar la amenaza de alzamiento de los esclavos, como había ocurrido anteriormente en la revolución haitiana (1791-1804), y al mismo tiempo lograba sostener la estabilidad económica y el derecho de los propietarios<sup>18</sup>.

A tal fin, en la reglamentación de la libertad de vientres dictada el 6 de marzo de 1813, los futuros *libertos* debían permanecer en las casas de los patrones de sus madres esclavas hasta la edad de veinte años, en el caso de los varones, y de dieciséis años las mujeres, donde debían prestar servicios gratuitos a sus patrones hasta los quince años los varones y los catorce años las mujeres; por lo que, en realidad, se establecía una especie de esclavitud *ad tempus*<sup>19</sup>. Es decir, la medida de la “libertad de vientres” no resolvió el tema de fondo que era la abolición de la esclavitud existente en el país y permitió de esa forma que se demore años su resolución clara y eficaz, demostrando así la ambivalencia intelectual de la época<sup>20</sup>.

Reitero que, con la “libertad de vientres” se le dio prioridad a la indemnidad económica de los propietarios por sobre el reconocimiento de la libertad

18 CHAVES MALDONADO, María Eugenia. “El oxímoron de la libertad. La esclavitud de los vientres libres y la crítica a la esclavización africana en tres discursos revolucionarios”. *Revista de Historia “Fronteras de la Historia”*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2014. Volumen 19 N° 1, págs. 174-200.

19 SEOANE, María Isabel, Op. cit., pág. 372. ASPELL DE YANZI FERREIRA, Marcela. “La esclavitud en Buenos Aires (1810-1853)”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1989. N° 17, págs. 9-58.

20 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renat. “La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud”. *La Ley Actualidad*. Buenos Aires: La Ley, del 25 de julio de 2013.

de sus esclavos, enunciando el oxímoron de la “esclavitud de los vientres libres”, donde al afirmar la libertad, al mismo tiempo se la está negando, en beneficio del comercio esclavista coyuntural y su naturalización, en el discurso público y en las prácticas<sup>21</sup>.

Así fue que, durante buena parte del siglo XIX, la abolición de la esclavitud fue un hecho más bien retórico y formal, más que un suceso práctico de la vida cotidiana, siguiendo de hecho los hijos de los esclavos después de 1813 en esa condición jurídica<sup>22</sup>.

En efecto, la “libertad de vientres de mujeres esclavas” fue en detrimento de la autoridad del derecho natural a la libertad de origen divino, que defendieron en siglos anteriores, con agudeza y compromiso, pensadores de la tradición hispana, como Francisco José de Jaca, que calificó a quienes traficaban esclavos como gente bestial, y concibió la comunidad libre a partir de la filiación libre, ya que consideraba que la condición de libertad se hereda por la madre, de la misma forma que el “nacimiento sigue al vientre”<sup>23</sup>.

Además, el pensador franciscano no supeditó la abolición de la práctica a la indemnización a los amos por la propiedad perdida,<sup>24</sup> sino que en todo caso definió como verdaderas víctimas del tráfico a los esclavos, por lo que, en todo caso, eran los siervos los que debían ser sujetos de reparación patrimonial por los daños causados en la explotación inicua<sup>25</sup>.

En cambio, en la retórica de la medida de la Asamblea del año XIII, la libertad obtenida por los futuros libertos era fruto de la “concesión graciosa del legislador”, y no como una vuelta al reconocimiento del derecho natural, que no admite discusión, del parto que sigue al vientre que libera<sup>26</sup>.

21 CHAVES MALDONADO, María Eugenia. Op. cit., pág. 182.

22 LOZADA, Salvador María. *Instituciones de Derecho Público*. 2ª edición. Buenos Aires: El Coloquio, 1976. págs. 347-350.

23 CHAVES MALDONADO, María Eugenia. Op. cit., págs. 188-191.

24 Planteo de indemnizar al amo, como una especie de responsabilidad del Estado por su actividad lícita, que vemos con asombro replicarse en el artículo 15 de la Constitución Nacional que estableció la abolición de la esclavitud.

25 CHAVES MALDONADO, María Eugenia. Op. cit., pág. 192.

26 *Ibidem*, pág. 195.

Tanto fue así, que el gobernador Juan Manuel de Rosas, por decretos del 19 y 26 de febrero de 1831 ordenó que los libertos mayores de quince años de la ciudad de Buenos Aires y de la campaña, debían ser entregados por su patrono o persona encargada de su cuidado, para ser alistados al servicio de las armas, en atención al deber que tienen de cooperar, “ya que debiendo nacer esclavos por la condición de sus madres, han nacido libres por la generosidad de la patria”<sup>27</sup>.

Como decía la novelista “En nuestros tiempos los hombres han aprendido el arte de revestir hábilmente, con apariencias de decencia, los actos más condenables”<sup>28</sup>.

## 5. Maternidad subrogada en el siglo XXI

### 5.1 Caracterización

Las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de emplazamiento filial causan que el derecho deje de acompañar el hecho humano precedente (biológico, marital y vincular), para transformarse en un heraldo del dominio de la ciencia para “crear filiación”, que decide quien es hijo, madre o padre y quién no, y posibilita su primacía para instituir la determinación parental y sus efectos propios<sup>29</sup>.

A tales efectos, obsérvese que en el emplazamiento filial se puede distinguir los actos jurídicos o hechos que resultan su causa fuente, del título de estado de familia que materializa la causa fuente, al reflejar de modo declarativo la realidad preexistente y otorgarle dimensión social, al permitir oponerla *erga omnes*<sup>30</sup>, y en la gestación para otro se requiere como elemento sustancial un título de carácter “constitutivo” que deseche la realidad previa de la gestante.

De acuerdo con lo expuesto, se ignora la fortaleza de la mujer, como arquetipo de los seres humanos, a la que se confía de modo especial la custodia

27 CASTELLANO SAENZ CAVIA, Rafael M., Op. cit., págs. 135-136.

28 BEECHER STOWE, Harriet. *La cabaña del Tío Tom*. 1ª reimpresión (versión abreviada de Gisela Silva Encina). Buenos Aires: Andrés Bello, 2006, pág. 197.

29 BASSET, Úrsula C. “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2015. Tomo 2015-D, pág. 663.

30 BASSET, Úrsula C. “El consentimiento informado y la filiación”. Ídem.

de lo humano en razón de su femineidad. La práctica de la gestación para otros, desplaza a la mujer, en su dignidad y presencia, para transformarla en un mero instrumento reproductor destinado a satisfacer intereses de otros individuos, devaluando de ese modo su naturaleza y los vínculos humanos<sup>31</sup>.

La maternidad por subrogación, presupone una concepción dualista de la mujer que remite a una pérdida de igualdad social en la existencia concreta; por un lado, sitúa sus sentimientos, emociones, intereses y autonomía, y por el otro, su dimensión corporal; permitiéndose así la explotación y disponibilidad del cuerpo femenino y legitimándose la indiferencia en la relación materno filial en el período del embarazo y su abandono posterior<sup>32</sup>.

En otras palabras, la técnica reproductiva que usa a la gestante para sus fines utilitarios y la transforma en una adlátere de dominios ajenos y sus producciones en serie, ocasiona la pérdida de elementos que expresan su maternidad, como el vínculo fisiológico con su hijo nonato y la transmisión de una identidad<sup>33</sup>.

En definitiva, la opción de la subrogación uterina, se trata de una práctica de alto riesgo de explotación para las mujeres que debe evitarse, por la gran asimetría en la relación con los comitentes y las agencias intermediadoras, las limitaciones a la libertad que impone el estado de necesidad, las condiciones degradantes y rígidas que le imponen los contratos de gestación, y la invisibilidad que sufre en el vínculo jurídico posterior con el niño que alumbró<sup>34</sup>.

A su vez, la liberación invocada de la mujer en la gestación sustitutiva se la puede ubicar en el deslizamiento hacia el poder tecnocrático actual, que a través de un mando político concentrado de índole técnico científico, que bajo la

31 PERRINO, Jorge Oscar. "Maternidad subrogada". *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: JA, 2012. Año 2012, 2 abr./jun., págs. 874-895.

32 APARISI MIRALLES, Ángela. "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer". *Cuadernos de Bioética*. Madrid; España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica España, 2017. Vol. XXVIII, Nº 93, págs. 163-175.

33 FISHEL SZLAJEN, Fernando. "judaísmo y problemática bioética de la reproducción asistida: consideraciones generales". *Revista Vida y Ética*. Instituto de Bioética (PUCA). 2015, Año 16, Nº 1, págs. 25-54. Disponible en: <https://bit.ly/35xoGLV>

34 BELLVER CAPELLA, Vicente. "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional". *SCIO. Revista de Filosofía*. 2015, Nº 11, págs. 19-52. Disponible en: <https://bit.ly/3spGdOY>

apariencia de liberar represiones tradicionales del individuo, permite reproducir el estado de esclavitud de otros tiempos, mediante la domesticación de la persona a partir de las herramientas de planificación positivista<sup>35</sup>.

Reitero que detrás del fenómeno de la investigación técnica, entre las que se encuentra la práctica contemporánea de la maternidad subrogada, hay poderes que financian esos desarrollos científicos, que no son anónimos ni neutrales, que intentan eludir su responsabilidad social y política, y presentan sus propuestas de carácter ideológico como teorías científicas que las sustraen del debate público y ocultan sus beneficios económicos particulares<sup>36</sup>.

La política de desregulación del estado de las personas, signada por el reemplazo de la filiación por el contrato y el sistema móvil de personas alrededor del niño, donde misiones, sexos y generaciones no están ligadas entre sí, en “un aparente mundo de ángeles”, transforma al derecho en una convención revisable y subordinada a la creencia fetichista en la ciencia y la potencia de las nuevas técnicas para derribar los “últimos tabúes”<sup>37</sup>. Como analizó un ensayista, “Este es el hombre moderno. Conoce las fuerzas que gobiernan el mundo, las tiene a su servicio, es el dios de la tierra: es el diablo. Su lema es: “todo puede hacerse”. Sus armas son el oro y la inteligencia. Su procedimiento es el cálculo”<sup>38</sup>.

## 5.2 Contexto social

En nuestro contexto social, el contrato de subrogación atenta contra el orden jurídico, al obedecer sólo a la lógica mercantilista de hacer prevalecer los pactos y la falta de perjuicios a terceros, y no la del derecho que contempla también la custodia de las necesidades comunitarias, la reciprocidad de los acuerdos,

35 MONTEJANO, Bernardino (h). *Ideología, racionalismo y realidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981, págs. 77-78.

36 PÉREZ LUÑO, Antonio. “El posthumanismo no es un humanismo”. *Revista Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2021, N° 44, págs. 291-312. Disponible en: <https://bit.ly/3vrRJey>

37 SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. (trad. Silvio Mattoni). 1ª edición. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2007.

38 SÁBATO, Ernesto. *Hombres y engranajes*. En *Obras. Ensayos*. 3ª edición. Buenos Aires: Seix Barral, 1998. pág. 112.

su proyección social y las relaciones excluidas del comercio<sup>39</sup>. En ese aspecto, en la maternidad subrogada, se advierte una ceguera axiológica con relación a la distribución justa y el criterio de prioridades de los recursos médicos limitados, que no debe identificarse con las demandas del mercado, sino con las exigencias públicas de solidaridad que orientan hacia un acceso equitativo al ámbito sanitario, valorando las condiciones sociales de vulnerabilidad que rodean el caso y el principio de benevolencia<sup>40</sup>.

Cabe resaltar el “manifiesto” de numerosas personas vinculadas al quehacer cultural o a la defensa de los derechos humanos que solicitó el fin de la gestación para otro a nivel global, porque viola los derechos humanos de mujeres y niños, señalando, entre otras cuestiones, que:

“La subrogación a menudo se basa en la explotación de las mujeres más pobres. En muchos casos, son los pobres quienes se ven obligados a vender y los ricos quienes pueden permitirse comprar. Estas transacciones injustas implican el consentimiento de mujeres poco informadas o nada informadas, baja remuneración, coacción, seguimiento médico insuficiente y graves riesgos para la salud, tanto a corto como a largo plazo, de las mujeres que aceptan la gestación subrogada”<sup>41</sup>.

Desde la antigüedad surge la preocupación por el hecho que la pauperización y pobreza sirven como vía que lleva a la esclavización especial de las mujeres, al ser más vulnerables a los intentos de explotación<sup>42</sup>, como en las tareas de nodriza, remarcando las expresiones artísticas, más allá del carácter

39 ALBERT, Marta. “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *Cuadernos de Bioética*. Madrid; España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica España, 2017. Vol. XXVIII, Nº 2, págs. 177-197.

40 LUGO, Elena. “Bioética, justicia y salud”. *El Derecho Criminal* del 7/7/2008.

41 Solicitada que se publicó en el diario francés *Libération* el 11 de mayo de 2015. Disponible en <https://bit.ly/3ho86AM>

42 PLÁCIDO SUÁREZ, Domingo. “La concepción del cuerpo de los esclavos y dependientes en el mundo griego”. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*. Universidad Complutense. 2017, Vol. 20, Nº. 3, págs. 477-492. Disponible en: <https://bit.ly/3LZLAfs>

doméstico del trabajo, el hecho de la posesión de la persona, expresiva de un vínculo en condiciones de esclavitud<sup>43</sup>.

En realidad, en el contexto actual de feminización de la pobreza, con un mercado laboral para las mujeres con empleos asalariados mal pagados, precarios, y, en algunos casos, peligrosos, y de invisibilidad y desprecio naturalizado hacia lo que significan los trabajos llamados domésticos y asociados a la crianza de las nuevas generaciones, que deriva hacia la marginalidad de su valor, tiempo insumido y riqueza comunitaria que genera; se termina con mujeres dependientes del mercado que venden todo, incluso sus vientres y sus hijos<sup>44</sup>.

La condición contractual de las gestantes en la práctica actual de la maternidad subrogada, especialmente en la realidad de Latinoamérica, se la puede incluir dentro del “fenómeno de exclusión social”, que implica no solo la situación de explotación y opresión de las periferias sociales, sino la pérdida de la pertenencia a la sociedad en la que se vive, el estar afuera de su consideración y cuidado, ser mujeres “sobrantes” y “desechables”<sup>45</sup>.

Máxime, cuando existe en Latinoamérica el fenómeno estructural de la “mistanasia” o “eutanasia social”, que se da con la muerte miserable y prematura de numerosas personas marginadas de la sociedad, y que se materializa por la situación de extrema miseria y deficiencias y precariedad del sistema de salud; es decir, la muerte que se adelanta por la pobreza, violencia y desigualdad social<sup>46</sup>.

43 EURÍPIDES. *Tragedias. Medea*. (trad. Alberto Medina González). Madrid: Gredos, 1991, pág. 215. verso 49 “Antigua esclava de mi señora”.

44 FEDERICI, Silvia. *Comunes y comunidad ante las desposesiones del neoliberalismo*. En: QUIROGA DIAZ, Natalia, et al. “Comentarios a La Conferencia de Silvia Federici.” *Luchas y Alternativas Para Una Economía Feminista Emancipatoria*, editado por Natalia Quiroga Diaz y Patricio Dobrée, CLACSO, 2019, págs. 49-62. Disponible en: <https://bit.ly/35s2Adz>

45 Actas de la V Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe (2007). Documento conclusivo. *Aparecida*, 13-31 de mayo de 2007. 1ª edición. Buenos Aires: CELAM. Punto 65, pág. 65. Disponible en: <https://bit.ly/3M5fm2y>

46 INOCO BOECHAT CABRAL, Hildeliza L. Mistanasia y aspectos de la muerte miserable en el Brasil. *Anuario de Bioética y Derechos Humanos*. 1ª edición. Buenos Aires: Instituto Internacional de Derechos Humanos - América, (IIDHA), 2019, págs. 67-81.

A través de la maternidad subrogada, en los contextos de pobreza, aparece un caldo de cultivo de demanda comercial de niños, que inclina hacia la utilización de los cuerpos femeninos como vasijas para gestar niños ajenos, mediante contratos de alquiler de vientres, que las mujeres consienten como forma de conseguir recursos cotidianos para sus familias. Todo ello, indudablemente, funciona como una forma moderna de explotación de la mujer<sup>47</sup>.

En ese sentido, no cabe duda que, en esta materia, como en otras cuestiones fundamentales, existe la posibilidad de reducir el Estado de Derecho a una fórmula carente de significado, para imponer eficacia jurídica a la fuerza o a la astucia en las relaciones sociales, al omitir contenidos sustanciales que se derivan de los fines comunitarios y de la defensa consecuente de los derechos preexistentes de las personas<sup>48</sup>.

### 5.3 Autonomía de voluntad de la gestante

La alegada libertad de autodeterminación de la gestante, donde se identifica la dignidad de la mujer con su autonomía de la voluntad<sup>49</sup>, contradice la función principal que tiene la noción de dignidad, de otorgar sentido a las autonomías individuales, en pos de garantizar los derechos fundamentales, la reciprocidad en los pactos, la fraternidad común y la prevalencia de los valores y principios jurídicos en las relaciones sociales<sup>50</sup>. Dicho de otro modo, la

47 STARÓPOLI, María del Carmen. Incidencia de nuevas modalidades de la esclavitud infantil en contextos de pobreza. *elDial.com* Cita in line: DC2829, 2019.

48 "Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»." (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 10ª edición. Madrid: Trotta, 2011, pág. 22).

49 LAMM, Eleonora. "La Gestación por sustitución como deconstrucción de la "maternidad" que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos". *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019. Págs.. 89-139. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y DE LA TORRE, Natalia. "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia". *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 2017. Tomo 2017-B, pág. 27.

50 ARROYO GIL, Antonio. "Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego". *Estudios De Deusto*.



“libertad contra la opresión” debe prevalecer sobre la “libertad de contratar”, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, al estimar las exigencias éticas y las condiciones económico sociales de la comunidad política<sup>51</sup>.

Recuérdese que nuestro ordenamiento constitucional resulta personalista, no porque la voluntad y autonomía individual no puedan ser materia de reglamentación para encauzar las modalidades de contratación a los propósitos de desarrollo humano y bienestar común, sino en el sentido que se reconoce a las personas humanas derechos anteriores a la organización estatal, de los cuales ésta no puede privarlos<sup>52</sup>.

A fin de no vaciar de contenido los conceptos “libertad de contratación” y “voluntariedad”, se debe tener en cuenta el contexto social en el proceso decisorio que puede desarrollarse en las mujeres gestantes, sino la maternidad subrogada serviría como una novedosa convalidación de explotaciones económicas históricas, asociadas a la compra de servicios de mujeres en situación de vulnerabilidad, para la crianza de los hijos de otros<sup>53</sup>. Por otra parte, no se puede invocar la autonomía individual de la mujer, sin tener en cuenta las deudas sociales crónicas en sectores mayoritarios de la población en Latinoamérica, que ubican a la pobreza extrema y marginación en el principal factor de las formas de esclavitud contemporánea en la región, al aumentar la vulnerabilidad de las personas, sufrir violencias y condiciones degradantes, y hacerlas víctima fácil de los “reclutadores” de trabajo esclavo<sup>54</sup>.

Contexto doloroso que nuestra tradición jurídica mestiza denuncia desde

- Universidad de Deusto, 2020, Vol. 68 Núm. 2, págs. 41/73. Disponible en: <https://bit.ly/3tbvG9j>
- 51 CSJN. Fallos 246:345. “Prattico c/ Basso y Cía”. 1960, considerando 7°. Disponible en: <https://bit.ly/3M5cmDe> y CSJN. Fallos 250:46 en “Roldán c/ Borrás”.1961, considerando 4°.
- 52 CSJN. Fallos 179:113 “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina” (1937).
- 53 LABADIE-JACKSON, Glenda. “Los Derechos Reproductivos de las Latinas y los Acuerdos Comerciales de Maternidad Subrogada”. *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*. 2008, Vol. 14, Nº1, págs. 29-47. Disponible en: <https://bit.ly/3sslFWd>
- 54 Corte IDH. Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” de 20 octubre de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. párrafos 114, 272, 273, 304, 340 y 417. Disponible en: <https://bit.ly/3vrvVAX>

la voz de fray Montesinos, “¿es que acaso no son hombres?”, para las distintas matanzas y esclavitudes que se sucedieron hasta la actualidad en la región<sup>55</sup>.

En efecto, en Latinoamérica, con administraciones públicas cruzadas por la ineptitud, el cohecho y la falta de compromiso con el bien común, y con una población mayoritaria en la pobreza estructural<sup>56</sup>, resulta un contexto propicio para que un contrato de gestación por sustitución termine en la explotación de la gestante, reforzando la figura de mujeres “paridoras” para paliar sus necesidades básicas, y generando mayores inequidades y un mercado inciuo de vientres<sup>57</sup>.

La pobreza implica carencia de los medios necesarios para sobrevivir, y, sobre todo, significa falta de libertad para llevar adelante los planes de vida, por lo que la posición favorable a la invisibilidad social y jurídica de la mujer gestante para otros, se emparenta con la tendencia a tomar posición a favor de los mejor situados, de los que se puede conseguir algún beneficio y dejar de lado a los desamparados, que no tienen capacidad de ofrecer ventajas<sup>58</sup>.

La opacidad en los datos relativos a la situación de las gestantes que surgen en los pronunciamientos judiciales, no impide reconocer a la práctica de la maternidad subrogada como una bioética para privilegiados, donde la capacidad económica de los comitentes les permite garantizar una descendencia a la carta, mediante la fragmentación del cuerpo de la mujer, negándole todo valor en la constitución de su subjetividad, en una suerte de “proxenetismo reproductivo”, donde se subasta el cuerpo femenino y el hijo gestado<sup>59</sup>.

Obsérvese que, en la práctica de la maternidad para otros, al igual que los

55 CN de Apel. Civil. Sala I, causa “R. D. s/ medidas precautorias” (1999), dictamen del Fiscal de Cámara Dr. Carlos R. Sanz. *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 2000. Tomo 185, pág. 407.

56 GELLI, María Angélica, Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2020. Tomo 2020-D, pág. 704.

57 GALLI FIANT, María Magdalena. *Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra*. Microjuris. 2013 Disponible en: MJ-DOC-6195-AR y MIR CANDAL, Leila. “La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Red Bioética*. UNESCO 2010. Vol. 1, Nº 1. Disponible en: <https://bit.ly/3srvoIN>

58 CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Paidós, 2017, págs. 42-44.

59 NUÑO GÓMEZ, Laura. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. 2016, Nº 55, págs. 683-700.

esclavos de la antigüedad, los cuerpos de las gestantes no poseen individuación, se identifican con el cuerpo de animales, como simples vientres convertidos en mercancía, y que, por otro lado, permiten las virtudes corporales de los hombres libres, que se manifiestan en el cultivo y exhibición orgullosa del cuerpo, mediante el ejercicio en el gimnasio y en las pruebas atléticas<sup>60</sup>.

En otras palabras, no resulta adecuado legitimar jurídicamente deseos individuales, como la “voluntad procreativa” de los comitentes en la gestación ajena, excluyendo el cálculo de posibles externalidades de costes sociales de la admisión, como la generación de deberes gravosos a otros, problemas de salud pública o de sustentabilidad ambiental, sin que se caiga en el privilegio otorgado por el poder, fruto de la ventaja coyuntural<sup>61</sup>.

¿De dónde se sacó que lo que los comitentes quieran sea siempre justo?

Recuérdese que, “La sustancia eterna del contrato no puede consistir en que sea ley lo que las partes han querido, porque trátase de la ley general o de la ley particular, su justicia no depende tanto de su origen como de su contenido. La ley no es sólo voluntad, sino antes que nada razón”<sup>62</sup>. Además, la legitimación que se le endilga al denominado “altruismo” de la mujer en la maternidad subrogada, aparece en determinadas circunstancias<sup>63</sup>, en flagrante contradicción con los principios protectorios contra el trabajo esclavo, y también incoherente con las sujeciones y condicionamientos, que, de forma frecuente, suceden previamente o en el transcurso de la ejecución contractual.

Resulta un recurso característico del tráfico inicuo y de las situaciones que afectan la compasión social, invocar el amparo de la libertad de los derechos emergentes de un contrato de locación de servicios para la comercialización de “productos humanos”, donde se arrebatan personas en situación de vulnerabilidad de sus hogares y familias, a partir de la necesidad y la miseria<sup>64</sup>. Las palabras

60 PLÁCIDO SUÁREZ, Domingo. Op. cit., pág. 478.

61 OLLERO TASSARA, Andrés. “El Derecho a lo torcido”. *Revista de Derecho*. Perú: Universidad de Piura, 2006.2006, Vol. 7, págs. 215-225.

62 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavallía, 1997. Tomo I, Parte General, pág. 69.

63 Como los hechos del caso relatado en el punto II del presente trabajo.

64 CSJN. Fallos 81:246. “Recurso de habeas corpus a favor de indígenas contratados por don José Podestá”.

de un referente religioso: “únicamente la necesidad puede inducir a construir una casa dorada, pero rodeada del desierto o la degradación”<sup>65</sup>, resultan expresivas de los problemas comunitarios que conlleva la satisfacción médica de los comitentes en una maternidad por encargo, en forma aislada al contexto de privaciones y marginación del ámbito social de referencia.

En resumen, la práctica de la maternidad subrogada se encuentra plasmada bajo una omnipotente voluntad extraña a la mujer que nutrió al niño y padeció los inconvenientes y riesgos del estado de embarazo y el trabajo de parto, permitiendo que la prepotencia económica de los comitentes, asesores técnicos y agencias intermediarias desplacen las cargas y penurias hacia las esclavas portadoras, a cambio de la disminución temporal de su indigencia<sup>66</sup>.

#### 5.4 Tráfico de niños

La retórica actual de la liberación por intermedio de la maternidad subrogada, “vientres libres en mujeres esclavas”, se desmorona, al tener en consideración el flagelo global de la venta de bebés, que resulta una de las nuevas formas de esclavitud de niños en la actualidad, y que la Argentina en particular se comprometió internacionalmente a perseguir penalmente en todos los casos y con bases interpretativas amplias<sup>67</sup>.

Cabe destacar las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para prohibir a nivel global la venta de niños en el contexto de contratos de gestación por sustitución, en atención a que, en muchos casos, por la existencia de prácticas abusivas en ámbitos tanto no regulados como regulados, mediante una remuneración o alguna otra forma de retribución, inclusive en contrataciones de supuesto carácter altruista, a la que se le asocia la renuncia de los derechos parentales de la gestante, se ocasiona una situación equivalente a

(3/10/1899)

65 BENEDICTO XVI. “Mensaje para la Celebración de la Jornada Mundial de la Paz. Combatir la pobreza, construir la paz”. *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 2009. Tomo 231, pág. 750.

66 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “La fecundación humana “in vitro”. *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 1978. Tomo 79, págs. 891.

67 Corte IDH. Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Párras. 142-143. Disponible en: <https://bit.ly/36CX7RG>

la trata de niños, infringiéndose, de ese modo, los principios protectorios internacionales de la niñez<sup>68</sup>.

En el mismo orden de ideas, se intenta desdibujar que los acuerdos de subrogación tienen como objeto prestacional la obtención mercantil de un niño, al ser transferido de una persona a otra a cambio de una remuneración, señalando que el fin del servicio sería la gestación propiamente dicha y no el niño, pero de esa forma se consagra la cosificación de la mujer gestante<sup>69</sup>.

Esa asimilación, sin atenuantes, al consentimiento de la mujer gestante a someterse a un trabajo esclavo por contrato, por el cual enajena un órgano para brindarle bienestar en forma temporaria a su familia, vacía de sentido la protección internacional de los derechos humanos, al permitir que la persona humana sea empleada como un instrumento del aprovechamiento y de la iniquidad social<sup>70</sup>.

*Ecce homo* en la historia de la maternidad subrogada.

## 6. Conclusión

Al igual que en la legislación decimonónica que declaró la libertad de vientres, con los argumentos que se alegan de la liberación de la mujer que gesta para otros, se utiliza una figura retórica donde se invoca la libertad para mantener garantizado el poder de terceros y la exclusión social y jurídica de la mujer.

Como decían los antiguos:

68 NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. especialmente puntos 8-11, 22-28, 30, 33, 41, 68-71 y 77. Disponible en: <https://bit.ly/35jyclP>; BASSET, Úrsula C. "La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe Oficial de la Asamblea General de la ONU". *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2018. Tomo 2018-E, págs. 728.

69 PASTORE, Analia G. *Maternidad subrogada: Análisis jurídico de una problemática actual*. Estudios de Derecho Civil. 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3vFgDYv>

70 DE LORENZO, Miguel Federico. "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana". *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Tomo 2011-E, pág. 1258.

“Quirinal no cree que deba tomar esposa, aunque quiere tener hijos, y ha encontrado la solución: preña a sus esclavas y llena su casa y sus campos de caballeros–esclavos. Quirinal es un verdadero *paterfamilias*”<sup>71</sup>.

En la Constitución Nacional, que resulta el *palladium* de la libertad de las personas<sup>72</sup>, se denomina “madre” a la mujer embarazada y en el período de lactancia<sup>73</sup>. Ello así, la interpretación de la normativa civil debe seguir ese sentido, y, cualquier desvío hermenéutico de los poderes constituidos, que disocie esos conceptos, so pretexto de proteger deseos ajenos o la seguridad del mercado de vientres, implicará un modo actual de trata de la mujer.

De igual manera debe asimilarse la protección sobre la mujer embarazada y el hijo por nacer que expresan los tratados internacionales de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia en nuestro país, es decir, según las modalidades con las que fueron incorporados al orden constitucional argentino<sup>74</sup>.

Recuérdese que el desarrollo y prosperidad general no autoriza afectar los derechos humanos ni el desprecio de las instituciones republicanas vigentes<sup>75</sup>, y que los derechos que amparan la dignidad y la libertad de las personas se yerguen para prevalecer sobre el avance de formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico<sup>76</sup>.

En ésta cuestión de justificar la maternidad subrogada a partir de conceptos contradictorios para generar una definición amigable, surgieron argumentos en la normativa pretérita como “libertad de vientres de mujeres esclavas”, que se repiten, en un paralelismo inquietante, en términos actuales, como “libertad de autodeterminación sobre su cuerpo para gestar el hijo para otro”.

71 MARCIAL, Marco Valerio. *Epigramas*. Libro I. España: Biblioteca GREDOS, 2008

72 CSJN. Fallos 32:120. Caso “Eduardo Sojo”. Disponible en: <https://bit.ly/3IJsI89>

73 ARGENTINA. *Constitución Argentina*. Art. 75 inc. 23. Disponible en: <https://bit.ly/3Hwn6qG>

74 ROSATTI, Horacio. “El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en la Argentina”. *La Ley*. Buenos Aires: a Ley, 2012. Tomo 2012–A, pág. 911.

75 CSJN. Fallos 247:646. Caso “Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”. Disponible en: <https://bit.ly/3K1JTMR>

76 CSJN. Fallos 316:479. Caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” (1993), considerando 12° del voto de los Dres. Barra y Fayt. Disponible en: <https://bit.ly/3JZwzZI>

Por ser ello así, cabe repetir una antigua máxima de gran sabiduría, “la corrupción de la justicia tiene dos causas: la astucia del sapiente, que falsifica el recto enjuiciamiento, y la violencia de los poderosos, que subvierte lo que es justo”<sup>77</sup>.

El disfavor con relación a la técnica de la gestación para otros nos emparenta a la inspiración de Diego de Velázquez en su obra pictórica *Juan Pareja*<sup>78</sup>, que de modo original para la época, pintó un retrato de un siervo mulato en su altivez humanística y no como un apéndice de otros; es decir, abandonar la “imaginación” de la mujer gestante como un detalle decorativo de la riqueza y el poder de la “voluntad procreativa” de otros, para centrar la imagen en su humanidad y presencia verdadera, como ícono de la dignidad heredada.

## 7. Bibliografía

- Actas de la V Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe (2007). Documento conclusivo.* Aparecida, 13-31 de mayo de 2007. 1ª edición. Buenos Aires: CELAM. Disponible en: <https://bit.ly/3M5fm2y>
- ALBERT, Marta. “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *Cuadernos de Bioética*. Madrid; España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica España, 2017. Vol. XXVIII, Nº 2.
- ALES URÍA, Mercedes. “Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas (DFyP)*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Nº 3 Jun.
- APARISI MIRALLES, Ángela. “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”. *Cuadernos de Bioética*. Madrid; España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica España, 2017. Vol. XXVIII, Nº 93.
- ARGENTINA. *Constitución Argentina*. Disponible en: <https://bit.ly/3Hwn6qG>
- ARGENTINA. Ley Nº 20.744. *Régimen de contrato de trabajo*. Disponible en: <https://bit.ly/3M7uKv6>
- ARGENTINA. Ley Nº 25.929. *Parto humanizado*. Disponible en: <https://bit.ly/3hkhkOn>

77 SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Expositio super Job ad litteram*. Cap. VIII, 1 edición leonina, líneas 50/52. Citado en: SAMPAY, Arturo Enrique. “¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?”. *Revista Derecho Público*. 2015 Año III, Nº 9, págs. 3-25. Disponible en: <https://bit.ly/3tgUTyZ>

78 Óleo localizado actualmente en el Museo Metropolitano de Arte de Nueva York.

- ARGENTINA. Ley N° 26.529. *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*. Disponible en: <https://bit.ly/355ej21>
- ARGENTINA. Ley N° 24.430. *Constitución Nacional*. Disponible en: <https://bit.ly/3hhUelf>
- ARROYO GIL, Antonio. “Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego”. *Estudios De Deusto*. Universidad de Deusto, 2020, Vol. 68 Núm. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3tbvG9j>
- ASPELL DE YANZI FERREIRA, Marcela. “La esclavitud en Buenos Aires (1810–1853)”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1989. N° 17.
- BASSET, Úrsula C. “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2015. Tomo 2015–D.
- BASSET, Úrsula C. “La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe Oficial de la Asamblea General de la ONU”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2018. Tomo 2018–E.
- BEECHER STOWE, Harriet. *La cabaña del Tío Tom*. 1ª reimpresión (versión abreviada de Gisela Silva Encina). Buenos Aires: Andrés Bello, 2006.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”. *SCIO. Revista de Filosofía*. 2015, N° 11. Disponible en: <https://bit.ly/3spGdOY>
- BENEDICTO XVI. “Mensaje para la Celebración de la Jornada Mundial de la Paz. Combatir la pobreza, construir la paz”. *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 2009. Tomo 231.
- BERTERREIX, María Laura. “Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Tomo 2021–A .
- CASTELLANO SAENZ CAVIA, Rafael M. “La abolición de la esclavitud en las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810 – 1860)”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1981. N° 9.
- CHAVES MALDONADO, María Eugenia. “El oxímoron de la libertad. La esclavitud de los vientres libres y la crítica a la esclavización africana en tres discursos revolucionarios”. *Revista de Historia “Fronteras de la Historia”*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2014. Volumen 19 N° 1.
- Corte IDH. Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <https://bit.ly/36CX7RG>
- Corte IDH. Caso “Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones del 24/2/2011. Disponible en: <https://bit.ly/31ptH7L>
- Corte IDH. Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” de 20 octubre de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponibles en: <https://bit.ly/3vnvWAX>
- CN de Apel. Civil. Sala I, causa “R., R. D. s/ medidas precautorias” (1999), dictamen del Fiscal de Cámara Dr. Carlos R. Sanz. *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 2000. Tomo 185.



NCiv. Sala K, causa “F., R. R. y otro c/ G. P., M. A. s/ impugnación de filiación”, del 28 de octubre de 2020 (con voto de mayoría integrada por los Dres. Osvaldo O. Álvarez y Oscar J. Ameal que rechazó la demanda y disidencia de la Dra. Silvia P. Bermejo). Diario La Ley 21/12/2020.

CORTINA, Adela. Aporofobia, el rechazo al pobre. Barcelona: Paidós, 2017.

CSJN. Fallos 32:120. Caso “Eduardo Sojo”. Disponible en: <https://bit.ly/3IJsI89>

CSJN. Fallos 179:113 “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina” (1937).

CSJN. Fallos 246:345. “Prattico c/ Basso y Cía”. considerando 7º Disponible en: <https://bit.ly/3M5cmDe>

CSJN. Fallos 250:46 en “Roldán c/ Borrás” (1960).

CSJN. Fallos 247:646. Caso “Fernandez Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”. Disponible en: <https://bit.ly/3K1JTMR>

CSJN. Fallos 289:430 “Berçaitz, Miguel Ángel s/Jubilación” (1974).

CSJN. Fallos 316:479. Caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” (1993), considerando 12º del voto de los Dres. Barra y Fayt. Disponible en: <https://bit.ly/3JZwzZI>

CSJN. Fallos 81:246. “Recurso de habeas corpus a favor de indígenas contratados por don José Podestá”. (3/10/1899)

DE LORENZO, Miguel Federico. “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Tomo 2011-E.

DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. 2ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1999.

EURÍPIDES. *Tragedias. Medea*. (trad. Alberto Medina González). Madrid: Gredos, 1991.

FISHEL SZLAJEN, Fernando. “Judaísmo y problemática bioética de la reproducción asistida: consideraciones generales”. *Revista Vida y Ética*. Instituto de Bioética (PUCA). 2015, Año 16, N° 1. Disponible en: <https://bit.ly/35xoGLV>

GALLI FIANT, María Magdalena. *Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra*. Microjuris. 2013 Disponible en: MJ-DOC-6195-AR

GELLI, María Angélica, *Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia*. La Ley. Buenos Aires: La Ley, 2020. Tomo 2020-D.

GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4ª edición. Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y DE LA TORRE, Natalia. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 2017. Tomo 2017-B.

- LABADIE-JACKSON, Glenda. "Los Derechos Reproductivos de las Latinas y los Acuerdos Comerciales de Maternidad Subrogada". *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*. 2008, Vol. 14, Nº 1. Disponible en: <https://bit.ly/3sslFWd>
- LAFERRIERE, Jorge Nicolás. "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial". *Estudios de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho. Buenos Aires: La Ley, 2017.
- LAMM, Eleonora. "La Gestación por sustitución como deconstrucción de la "maternidad" que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos". *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019.
- Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. Disponible en: <https://bit.ly/3vm2RK6>
- LEVAGGI, Abelardo. "La condición jurídica del esclavo en la época hispánica". *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1973. Nº 1.
- Libération* (diario francés) el 11 de mayo de 2015, Disponible en: <https://bit.ly/3h86AM>
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "La fecundación humana "in vitro". *El Derecho*. Buenos Aires: ED, 1978. Tomo 79.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavallia, 1997. Tomo I.
- LOZADA, Salvador María. *Instituciones de Derecho Público*. 2ª edición. Buenos Aires: El Coloquio, 1976.
- LUGO, Elena. "Bioética, justicia y salud". *El Derecho Criminal* 7/7/2008.
- MARCIAL, Marco Valerio. *Epigramas. Libro I*. España: Biblioteca GREDOS, 2008.
- MEESTER, Conrad de. *Las manos vacías. El mensaje de Teresa de Lisieux*. Trad. Emeterio G. Setién. 8ª edición. Buenos Aires: Monte Carmelo, 2007.
- MIR CANDAL, Leila. "La "maternidad intervenida". Reflexiones en torno a la maternidad subrogada". *Revista Red Bioética*. UNESCO 2010. Vol. 1, Nº 1. Disponible en: <https://bit.ly/3srvOIN>
- MONTEJANO, Bernardino (h). *Ideología, racionalismo y realidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. Disponible en: <https://bit.ly/35jyclP>
- NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*. Disponible en: <https://bit.ly/3BTHpx6>
- NUÑO GÓMEZ, Laura. "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler". *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. 2016, Nº 55.
- OLLERO TASSARA, Andrés. "El Derecho a lo torcido". *Revista de Derecho*. Perú: Universidad de Piura, 2006. Vol. 7.

- PASTORE, Analía G. "Maternidad subrogada: Análisis jurídico de una problemática actual". *Estudios de Derecho Civil*. 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3vFgDYv>
- PÉREZ LUÑO, Antonio. "El posthumanismo no es un humanismo". *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2021, Nº 44. Disponible en: <https://bit.ly/3vrRjEY>
- PERRINO, Jorge Oscar. "Maternidad subrogada". *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: JA, 2012. Año 2012, 2 Abr./Jun.
- PLÁCIDO SUÁREZ, Domingo. "La concepción del cuerpo de los esclavos y dependientes en el mundo griego". *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*. Universidad Complutense. 2017, Vol. 20, Nº. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3LZLAfs>
- QAINI, Fabiana. "La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico". *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2021. Tomo 2021-A.
- QUIROGA DIAZ, Natalia, et al. "Comentarios a La Conferencia de Silvia Federici." *Luchas y Alternativas Para Una Economía Feminista Emancipatoria*, editado por Natalia Quiroga Diaz y Patricio Dobrée, CLACSO, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/35s2Adz>
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renat. "La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud". *La Ley Actualidad*. Buenos Aires: La Ley, del 25 de julio de 2013.
- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto. "Esclavitud y trata de personas". *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965. Sec. Doctrina 1965-I.
- ROSATTI, Horacio. "El llamado "control de convencionalidad" y el "control de constitucionalidad" en la Argentina". *La Ley*. Buenos Aires: a Ley, 2012. Tomo 2012-A.
- SÁBATO, Ernesto. "Hombres y engranajes". En *Obras. Ensayos*. 3ª edición. Buenos Aires: Seix Barral, 1998.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. "Correcto rechazo a un reclamo de maternidad subrogada". *El Derecho*. Buenos Aires: El Derecho, 2021.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO. Expositio super Job ad litteram. Cap. VIII, 1 edición leonina, líneas 50/52. Citado en: SAMPAY, Arturo Enrique. "¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?". *Revista Derecho Público*. 2015 Año III, Nº 9. Disponible en: <https://bit.ly/3tgUTyZ>
- SEOANE, María Isabel. "Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado". *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1990. Nº 18.
- STARÓPOLI, María del Carmen. "Incidencia de nuevas modalidades de la esclavitud infantil en contextos de pobreza". *elDial.com* DC2829, 2019.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. (trad. Silvio Mattoni). 1ª edición, Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2007.

- TINOCO BOECHAT CABRAL, Hildeliza L. "Mistanasia y aspectos de la muerte miserable en el Brasil".  
*Anuario de Bioética y Derechos Humanos*. 1ª edición. Buenos Aires: Instituto Internacional de  
Derechos Humanos-América, (IIDHA), 2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 10ª edición.  
Madrid: Trotta, 2011.