

Bioética y derecho civil

¿Se nace por contrato?*

FRANCESCO DONATO BUSNELLI

SUMARIO: I. Las "provocaciones" de Carmel Shalev y la "profecía" de Sir Summer Maine- II. La perspectiva "mercantil"- III. La perspectiva "liberal". La clonación humana- IV. (Sigue) Subrogación de la maternidad y espíritu liberal- V. La perspectiva "individualista"- VI. La falta de superación del status y el advenimiento del "principio personalista"- VII. No se nace por contrato.

I. LAS "PROVOCACIONES" DE CARMEL SHALEV Y LA "PROFECÍA" DE SIR SUMMER MAINE

Como es sabido, *Nascere per contratto* es el título que quienes curaron la colección *Giuristi stranieri d'oggi* dieron a la traducción en lengua italiana de un volumen, tan estimulante como provocador, de la feminista israelita-norteamericana CARMEL SHALEV, cuyo título originario es realmente diverso: *Birth Power*¹. Ahora bien, precisamente partiendo de este ensayo monográfico, respecto del cual es obvio que, por la distancia del tiempo, no es el caso de hacer una crítica puntual, se pueden extraer y proyectar en una perspectiva más amplia algunos aspectos interesantes de la temática bajo examen.

Dos de ellos pueden ser extraídos del propio ensayo en referencia, y precisamente de los dos títulos (respectivamente, de la edición en inglés y de aquella en italiano) que se han citado.

El poder (de la mujer) para dar vida —ésta podría ser la traducción "libre" de *Birth Power*— evoca, en clave feminista, una perspectiva, por así decirlo, *mercantilista*, teniendo como objetivo declarado "un libre mercado de la procreación, capaz de desafiar [...] el mantenimiento de la posición de inferioridad de la mujer"².

La libertad contractual de procrear (según las propias posibilidades) evoca, más genéricamente, una perspectiva libertaria, que tiene como objetivo declarado el reconocimiento "del derecho del individuo, *sin distinción de sexo*, a determinar *en modo autónomo* todas las cuestiones jurídicas inherentes a la paternidad y maternidad *antes*

* Traducción del italiano de OLENKA WOOLKOTT.

1 C. SHALEV. *Nascere per contratto*, Milano, 1992. La edición original en inglés es de 1989.

2 *Ibid.*, 148.

de la concepción"³: *freedom of choice, and indeed contractual liberty* —explica el constitucionalista CASS SUNSTEIN— son la fiel expresión, en este campo, del "principio general de neutralidad" entendido como "oposición al paternalismo" del Estado: *surrogacy arrangements are acceptable for the same reason that Roe is right*⁴.

En el fondo se delinea un tercer perfil: un perfil antiguo, que evoca más genéricamente una perspectiva *individualista*. Se trata de verificar, utilizando como tubo de ensayo la temática en examen, si, y eventualmente en qué medida, la conocida "profecía" de Sir HENRY SUMMER MAINE —"del *status* al contrato"— encuentra hoy en día confirmación, para que pueda decirse que "el individuo toma el lugar de la familia"⁵.

Estos son los aspectos, y las correspondientes perspectivas, sobre los cuales quisiera concentrar mi atención a fin de verificar el grado de compatibilidad con los principios constitucionales que distinguen nuestro ordenamiento.

II. LA PERSPECTIVA "MERCANTIL"

En lo que se refiere al primer aspecto, y la perspectiva correspondiente, que convencionalmente me permitiría llamar "mercantil", vale la pena leer algunos breves pasajes del libro de CARMEL SHALEV, partiendo de la premisa que la maternidad subrogada —que la misma autora define ya desde el subtítulo como "un caso paradigmático" — es, por así decirlo, el punto más interesante en que emerge una concepción que por cierto tiene una mucho mayor amplitud.

El acuerdo de subrogación —observa esta exponente "atípica" del movimiento feminista norteamericano— asume las semblanza de una "venta de servicios de procreación": "en cierto sentido, la madre subrogada presta un servicio de asistencia, análogo a aquél que puede ofrecer una nodriza" (¡de la nodriza al alquiler de vientre, podríamos decir, parafraseando a MAINE!). Considerando nuestro artículo 1411 C. C., el acuerdo de subrogación se calificaría "como un contrato a favor de tercero", el niño que tendrá existencia. El acuerdo —precisa la autora— se puede ciertamente estipular a título oneroso; pues bien, no se descuida "el rol del dinero como factor que consolida los acuerdos": "la máxima manifestación de libertad de la madre subrogada se tiene cuando ella fija un valor económico a su actividad procreadora". Además, "un mercado libre permitiría la afirmación de una nueva fuente de actividad productiva para mujeres que tienen limitadas oportunidades

3 Ibid., 16.

4 C. R. SUNSTEIN. "Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)", en 92 *Columbia L. Rev.*, 1992, 2, 44 y ss., quien, por otro lado, propone un concepto distinto de "neutralidad", según el cual "there is no inconsistency in simultaneous approval of the abortion right and rejection of surrogacy arrangements" (48).

5 H. J. SUMMER MAINE. "Dallo 'status' al contratto", en *Il diritto privato nella società moderna*, S. S. RODOTÀ (ed.), Bologna, 1971, 211 y s. La edición originaria de *Ancient Law* (del que se ha extraído —y traducido— el presente "ensayo") se remonta a 1861.

de obtener ingresos". Y así, en definitiva, se pregunta CARMEL SHALEV, "¿acaso la prohibición de retribuir los servicios de procreación de las madres subrogadas no equivale a una forma moralizada de esclavitud?"⁶.

La conclusión que se evidencia de esta interrogante retórica tiene el sabor de la paradoja intelectual, que se esfuerza por hallar en los márgenes de la tradicional plaga de la *commodification* pretextos para una nueva moral que haga aparecer la moral tradicional como un paternalismo esclavizante.

En Estados Unidos, esta opinión ha sido considerada como expresión radical (y por tanto discutible) pero coherente con el principio de neutralidad teorizado por HERBERT WECHSLER⁷ y retomado por BRUCE ACKERMAN⁸; pero no ha faltado la autorizada amonestación de quienes, partiendo precisamente de ese principio, al fin reconsiderado, han advertido contra el riesgo de tratar, en esa perspectiva, *women's reproductive capacities as objects for sale to and use by others*⁹.

En cambio, en Europa, la moral tradicional ha sido solemnemente confirmada por la Convención de Oviedo, pues el artículo 21 ha estatuido el principio según el cual "el cuerpo humano, y sus partes, no pueden, en cuanto tales, ser fuente de lucro". Pareciera, por tanto, que excluye radicalmente cualquier forma que acoja la tesis bajo examen y, en general, la perspectiva "mercantilista", aun si no faltan los intentos de proyectar un redimensionamiento, o al menos una erosión, del principio apenas citado y de su matriz, que reclama el super-principio de la dignidad humana¹⁰, entretanto convertido en uno de los fundamentos de la Carta de Niza.

En todo caso, es verdad que la idea de *economize on morality*¹¹ encuentra un cierto éxito, sobre todo (pero no sólo) en tierra norteamericana, donde, por ejemplo, se ha extendido a aquella especie de "segundo nacimiento" que está dado por la adopción de niños.

Un autorizado representante de esa línea es RICHARD POSNER, en su propósito de adaptar al derecho de familia los dogmas del análisis económico del derecho. También aquí vale la pena citar algunos pasajes de su libro *Sex and Reason*¹², don-

6 SHALEV. Ob. cit., 147, 139, 105, 16, 166 y 160 (en el orden de las citas hechas en el texto).

7 H. WECHSLER. "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en 73 *Harv. L. Rev.*, 1959, 31 a 34.

8 B. ACKERMAN. *Social Justice in the Liberal State* (1980).

9 SUNSTEIN. Ob. cit., 49 y s.

10 M. GOBERT. "Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes", en *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, 511 y ss. Y ver también, G. RESTA. "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note ai margini della Carta dei Diritti)", en *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801 y ss.

11 La expresión ha sido extraída del ensayo de H. HANSMANN, "Markets for Human Organs" (ponencia preparada para el Workshop Internacional en *Legal Regulation of Bioethics*, Siena, 9 a 11 de junio de 1994), que sostiene la licitud y la oportunidad de un libre mercado de órganos, dentro de adecuadas garantías sanitarias.

12 R. POSNER. *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.), 1992. Las citas hechas en el texto han sido extraídas de la traducción del volumen en italiano (*Sesso e ragione*, Milano, 1995).

de se destacan las ventajas de "un libre mercado para las adopciones". Si, en términos generales, es verdad que "el modo más directo de afrontar los problemas creados por un techo en los precios consiste en abolir el techo, ¿por qué —se pregunta el fundador del moderno análisis económico del derecho— no se hace lo mismo con el mercado de las adopciones, considerando que la caída de la oferta de niños en adopción ha hecho tangibles las consecuencias económicas?". Se observa entonces que la expresión "venta de niños" se convierte en "necesaria" (aunque puede aparecer "tergiversadora", porque —admite, generosamente, el iuseconomista de Chicago— "los hijos no son unidades de mercancía")¹³.

También en Europa, y en particular en Italia, esta tesis ha tenido cierto eco. Por ejemplo, se ha propuesto la expresión "mercado de adopciones", con la intención de "depurarla del significado despreciativo con que es asociada por muchos" y con el propósito de ofrecer, de esta manera, una alternativa satisfactoria respecto al "mercado de la producción infantil: comercio de esperma, óvulos, embriones y el llamado alquiler de vientres"¹⁴.

Pero, al menos en Italia, se trata de ecos del todo aislados, y que en cualquier caso se enfrentan *de iure condito* con una consolidada tradición legislativa —recientemente renovada por la Ley 149/2001— que desde su origen ha evidenciado justamente el objetivo de derrotar el "mercado de niños", considerado como una verdadera plaga, en otro tiempo dramáticamente ligada a la desesperación de la indigencia y hoy reformulada (también, si no principalmente) para satisfacer los deseos manifiestos de una sociedad de consumo que padece las ataduras impuestas por la ley.

Entonces, en definitiva, este primer aspecto, y la correspondiente perspectiva mercantilista, tarda en desarrollarse en Europa. Los valores que se manifiestan en sus tradiciones culturales son, bajo este perfil, radicalmente diversos de aquellos que en Estados Unidos han permitido justificar constitucionalmente, no sin opiniones en contra, una orientación como la que aquí se ha sintetizado.

III. LA PERSPECTIVA "LIBERAL". LA CLONACIÓN HUMANA

Más controvertido e insidioso es el segundo aspecto, que como se ha señalado evoca una perspectiva libertaria.

El presidente del *National Bioethics Advisory Comisión* (NBAC), LEON KASS, tomando como caso paradigmático la clonación humana reproductiva, se ha hecho una pregunta crucial: *Is it a right to acquire the baby of one's choice?* La respuesta inmediata es lapidaria: *why not?* Pero la profundización ulterior de la cuestión, confrontada con los valores de la moral tradicional, introduce motivos de malestar ético que,

13 POSNER. *Sesso e ragione*, cit., 412 y s.

14 F. COSENTINO. "Le frontiere mobili dell'adozione: interessi del minore, politiche del diritto, prospettive di riforma (a proposito di un recente libro pubblicato negli Stati Uniti)", en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 504 y s.

aunque sin rasguñar, como dice, la corrección jurídica de la respuesta, suscitan un sentimiento que él mismo define de "repulsión": una repulsión que —ésta es la conclusión, y también el título del ensayo bajo examen— es, si se observa bien, el producto de la "sabiduría"¹⁵.

Muy distinta, aunque llega a resultado diverso, es la opinión del civilista de la Yale Law School según la cual el recurso a la clonación constituye un simple "ejercicio de la libertad procreadora": ¿por qué —se pregunta JOHN ROBERTSON— negar esta posibilidad a una pareja que *desea* procrear un gemelo del hijo ya existente (y óptimamente logrado) en lugar de *take a chance on the genetic lottery*?¹⁶. Aquí la perspectiva libertaria —ya aludida, por lo demás, en el título mismo (*Children of Choice*) de una anterior monografía del mismo autor¹⁷— es desarrollada en términos de plena "autonomía de la pareja", sin ningún sentido de repugnancia y, por el contrario, con la intención de dilatar los confines de tal autonomía hasta el punto, por ejemplo, de justificar la elección de procrear un niño clonado *replacing a dead child*¹⁸.

Las iniciativas dirigidas a clonar un ser humano para reemplazar a otro, o para reproducirlo, por así decir, "en fotocopia", son —entre otras, menos clamorosas, pero igualmente inquietantes— las hipótesis que han suscitado en Europa una decidida reacción en defensa de la identidad, y por tanto de la dignidad humana, de un individuo que no puede ser degradado al rango de "reemplazo" o construido en los confines de la eugénica y el eugenismo. Basta pensar en el grito de alarma del filósofo alemán del *Principio responsabilidad*¹⁹, o en la reacción de indignación del investigador francés que grita su aversión por *des oeufs à la carte, avec sexe et conformité aux normes garanties par le laboratoire*²⁰. Y siempre en Francia, reconocidos juristas se han formulado una angustiante pregunta: *produire l'homme. De quel droit?*²¹.

La respuesta "oficial" a esta pregunta ha sido, para sorpresa, unánime. Como sucede raramente, ha habido una convergencia plena de documentos, nacionales e internacionales, sobre la prohibición de la clonación humana. Pero bajo la aparente uniformidad del *decisum*, se anida una diversidad de *ratio decidendi* entre los documentos europeos que motivan la prohibición en razón de la identidad y la

15 L. KASS. "The Wisdom of Repugnance: why we should Ban the Cloning of Humans", en 32 *Valparaiso Un. L. Rev.*, 1988, 679 y ss. Las frases citadas en el texto están en 699 y s.

16 J. ROBERTSON. "Liberty, Identity and Human Cloning", en 76 *Texas L. Rev.*, 1998, 1392 y ss.

17 *Id. Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994.

18 *Id.* "Liberty", cit., 1381 y ss.

19 H. JONAS. "L'ingegneria biologica: una previsione", en *Dalla fede antica all'uomo tecnologico. Saggi filosofici*, Bologna, 1991. En todo caso, es fundamental *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993 (la edición original en alemán —*Das Prinzip Verantwortung*— se remonta a 1979).

20 "Encore un peu de progrès et vos petits seront choisis comme au chenil, couleur du poil et longueur des pattes, aptitude à la santé et forme des oreilles": J. TESTART. *L'oeuf transparent*, Paris, 1986, 31. Y ver ahora, *Des hommes probables: de la procréation aléatoire à la reproduction normative*, Paris, 1999.

21 J. L. BAUDOIN y C. LABRUSSE RIOU. *Produire l'homme. De quell droit? Etude juridique et ébique des procréations artificielles*, Paris, 1987.

dignidad del ser humano —en ese sentido, es ejemplar el Protocolo adjunto de París a la Convención de Oviedo²²—, y los documentos norteamericanos, que destacan las razones de inseguridad científica que actualmente —*at this time*— justifican la prohibición²³.

Vuelve a aparecer la diversidad de principios que se hallan de esta parte y más allá del océano. Allí, el super-principio —lo explica claramente TRISTRAM ENGELHARDT en su ya clásico *Manual de bioética*²⁴— es aquél de la autonomía, que justifica la idea de procrear *children of choice*, y excluye prohibiciones autoritarias que van más allá de un límite susceptible de ser considerado con la adquisición de resultados científicos confiables. Aquí, en Europa, el super-principio es, cabe repetirlo, el de la dignidad del ser humano, que prevalece sobre la indiscutibilidad de las elecciones procreadoras, y por ende puede justificar una prohibición intransigente.

IV. (SIGUE) SUBROGACIÓN DE LA MATERNIDAD Y ESPÍRITU LIBERAL

Pero, si la clonación humana, asumida como caso paradigmático, es por ahora más un gimnasio teórico para el ejercicio de ideologías contrapuestas que una realidad resultante de la práctica, la perspectiva libertaria es indudablemente más amplia, y se extiende hasta interesar nuevamente la subrogación de maternidad, introduciendo insidiosamente una singular confluencia de perspectivas libertarias y de motivaciones solidarias.

"Una vez desaparecido el peligro de la comercialización —observa STEFANO RODOTÀ, que mira con interés la ley inglesa que limita la prohibición a los acuerdos a título oneroso²⁵— se propone nuevamente la perspectiva de la donación que, en este caso, se manifiesta más precisamente como 'solidaridad entre mujeres'²⁶. No es casual que de "razones de solidaridad" y de "consentimiento a la utilización del vientre [...] concedido por espíritu de liberalidad" haya hablado el juez romano que, con una decisión tan atrevida como destructiva, afirmó que el contrato de maternidad subrogada (que el juez prefiere calificar como "negocio donde, como en el caso de especie, falta el requisito de la correlatividad") "debe considerarse admisible, lícito y legítimo", insistiendo en la circunstancia que aquí viene en consideración el poder de disposición del propio cuerpo, que ha sido definido como expresión de "la libertad de disponer", instrumento de actuación

22 *Draft Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of cloning Human Beings* (París, 12 de enero de 1998).

23 Cfr. El *Report* de la NBAC norteamericana, cuya "moral basis [...] is, sadly, much less than expected and hended, and the ban it urges is to be only temporary" (KASS. *The Wisdom of Repugnance*, cit., 703).

24 TH. ENGELHARDT. *Manuale di bioetica*, 2.^a ed., Milano, 1999 (la edición original en inglés —*The Foundations of the Bioethics*— es de 1986).

25 *Surrogacy Arrangements Act*, 1985, par. 2.

26 S. RODOTÀ. "Ipotesi sul corpo 'giuridificato'", en *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 481.

del desarrollo de la personalidad"²⁷. La decisión del juez SCHETTINI generó estu-
por, y sirvió para dividir no solamente a los juristas, sino también a los periodis-
tas. La prensa publicó, a distancia de pocos días, una disputa "al femenino" entre
quien –FIAMMA NIRENSTEIN– exaltó "la inteligencia del magistrado, que no tiene
miedo de la libre elección", y quien –no por casualidad, MARIA LAURA RODOTÀ–
alzó la voz con determinación para decir: "No, el vientre en alquiler no. No es ni
siquiera un gran gesto de generosidad. Puede hacer daño, y producir [...] efectos
traumáticos para muchos, las dos 'madres' en primer lugar. Además son previsi-
bles acuerdos subrepticios"²⁸. Y se desató entonces "una discusión social, [una]
libre confrontación de opiniones diversas, ninguna de las cuales puede pretender
asumir un valor 'normativo', que se recaba, en cambio, solamente de las normas
vigentes"²⁹.

Ahora bien, es justamente la confrontación con las normas vigentes lo que
hace que parezca destructiva la ordenanza romana: la cual, partiendo de una afir-
mada "abdicación del rol de parentesco de la madre subrogada" –que tendría "una
función accesoria y como tal intercambiable"–, se aventura en la ideación de un
nuevo "sistema en materia de estado familiar" dirigido a "redefinir el fenómeno
de la maternidad, rediseñando sus confines" y confiando a la determinación judi-
cial la tarea de verificar "que no resulta más deseable el mantenimiento de una ca-
lificación jurídica a partir de un simple esquema formal". Al respecto, son aún
válidas las argumentaciones adoptadas más de diez años atrás por el Tribunal de
Monza para demostrar –sobre la base de una confrontación documentada con la
jurisprudencia norteamericana (con especial referencia al conocido caso Baby M.)–
que en el sistema normativo italiano "el acto dispositivo del propio cuerpo, que
implica el contrato de maternidad [...] nunca podrá constituir objeto de una obli-
gación asumida por la derechohabiente para cumplirlo o para permitir que otro
lo cumpla por ella, y en todo caso, es contrario a la ley, al orden público y, al menos
en caso de onerosidad, también a las buenas costumbres (art. 5.º C. C.)"³⁰.

Pero la prohibición de estipular acuerdos de maternidad subrogada es uno de
los más significativos rasgos que se han sumado a la experiencia legislativa euro-
pea –de la francesa a la española, de la alemana a la suiza– y se relaciona con un
principio general de "respeto del cuerpo humano". Por ejemplo, este es el título
de una de las leyes francesas que introdujo en el *Code civil* una serie de normas
nuevas sobre el argumento, anteponiendo a aquélla que estatuye la prohibición
en cuestión (art. 16-1) la que prevé la prohibición más general de "atentar a la
dignidad de la persona" (art. 16-1)³¹.

27 Trib. Roma, 17 de febrero de 2000 (juez SCHETTINI), en *Famiglia e dir.*, 2000, 151 y ss.

28 *La Stampa*, 29 de febrero de 2000.

29 S. RODOTÀ. "Per i diritti di chi nasce non esistono scorciatoie", en *la Repubblica*, 2 de marzo de 2000.

30 Trib. Monza, 27 de octubre de 1989, en *Foro it.*, 1990, I, c. 298 y ss.

31 *Loi N 94/653*, del 29 de julio de 1994, concerniente al respeto del cuerpo humano.

La inadmisibilidad de cualquier "forma de maternidad sustitutiva" se ha llegado a convertir en Suiza en un principio constitucional que se sustenta también aquí en la "tutela de la dignidad humana"³².

En Italia, los diversos proyectos de ley que se han dictado en materia de procreación médica asistida –desde la (segunda) propuesta Santosuoso que se remonta a 1985 (art. 34) a la propuesta presentada en 1996 por una comisión nombrada por el Ministro de Gracia y Justicia (art. 9.º), para llegar finalmente al llamado "proyecto unificado" actualmente en discusión en el Senado (art. 12, 6)– han motivado la negativa en cuestión aduciendo el principio –en diversas ocasiones confirmado por la Corte de Casación– sobre la indisponibilidad del *status* por simple consenso.

En la exposición que, en calidad de coordinador de la comisión ministerial que se ha mencionado, realizara para explicar la propuesta presentada, para sustentar las razones de la perplejidad frente a la "tesis permisiva" que había conducido a la mayoría de los miembros de la comisión a hacer prevalecer la solución de prohibición, puse de relieve que, más allá del "riesgo de crípticas especulaciones económicas, dada la dificultad de determinar un intento genuinamente sancionatorio [...] era inoportuno comprometer las normas del Código Civil, según las cuales la maternidad es establecida en el parto"³³.

V. LA PERSPECTIVA "INDIVIDUALISTA"

Estas últimas consideraciones valen para introducir el análisis del tercer aspecto, que evoca la perspectiva individualista delineada por MAINE. ¿Qué éxito, y, sobre todo, cuáles son los márgenes de factibilidad que registra, a distancia de más de un siglo, la "profecía" del pasaje del *status* al contrato? ¿Se puede encontrar hoy en día "un constante movimiento hacia formas de organización social en las cuales todas aquellas relaciones [sc., las relaciones familiares] nacen del acuerdo libre de los individuos"³⁴.

La respuesta a estas interrogantes requiere una distinción. Si la referencia al *status* es entendida, según la concepción tradicional, como índice normativo de pertenencia necesaria a una organización familiar caracterizada por una subjetividad propia (distinta a la de sus miembros), no hay duda que "hoy en día una idea similar se ha vuelto insostenible"³⁵. En cambio, la respuesta será distinta si el *status* es entendido como reserva de ley en orden a las "características fundamen-

32 Se trata del artículo 24 *novies*, introducido en la Constitución suiza mediante modificatoria aprobada con un referéndum de mayo de 1992.

33 F. D. BUSNELLI, A. R. GENAZZANI y E. RIPEPE. *Fecondazione assistita. Una proposta di legge da discutere*, Roma, 1998, 15.

34 SUMMER MAINE. *Dallo "status" al contratto*, cit.

35 L. LENTI. *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 89.

tales de la posición" del individuo al interior de una comunidad familiar, y en particular en orden a la "ubicación social y jurídica –el 'lugar justo'– del recién llegado al mundo"³⁶. El *status*, así entendido, sobrevive a las reiteradas tentativas de superarlo; y, es más, muestra un sorprendente retorno a la realidad.

Si se da una mirada a la experiencia europea en el tema de las convivencias no fundadas en el matrimonio, la imagen de "un derecho de familia fundado de preferencia en *default rules*, con una superación definitiva de la técnica de los *status*", al que acompañe "una afirmación generalizada de la "libertad contractual"³⁷, está todavía lejos de realizarse. En los últimos años, se ha ido contraponiendo a la tendencia de "desregulación" de las relaciones familiares –que desde la experiencia norteamericana parecía difundirse cada vez más en Europa a la luz de "nuestra común civilidad occidental"³⁸, yuxtaponiendo los matrimonios y las uniones libres "en el signo del no-derecho"³⁹– una tendencia a la hiper-jurificación, la que ha encontrado su máxima expresión en la creciente atención a las uniones homosexuales.

En ese sentido, resulta más ejemplar la *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemana de 2001⁴⁰, que mediante la introducción del instituto de la *Lebenspartnerschaft* regula las uniones homosexuales atribuyendo a los *Lebenspartners* derechos iguales o similares a los que se desprenden del matrimonio, o sea, un *status* equivalente al del cónyuge. Pero también la ley francesa que ha introducido los *PACS* (*pacte civil de solidarité*), definiendo a este último como "un contrato celebrado entre dos personas físicas de distinto sexo o del mismo sexo para organizar su vida en común"⁴¹, "no puede considerarse extraña a la técnica de la atribución de *status* familiares"⁴²: así por ejemplo, se tiene la ley que obliga a los *partners* –no casualmente considerados distintos a los *concubins*– a procurarse asistencia recíproca y material, mientras es tarea del *pacte* fijar "las modalidades de esta asistencia".

Luego, en cuanto al *status filiationis*, en Italia es especialmente significativa la cuestión de legitimidad constitucional que ha conducido a la declaración de ilegitimidad parcial del artículo 278, 1 C. C. La Corte Constitucional ha

36 *Ibid.*, 99.

37 M.R. MARELLA. "Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio", en F. GRILLINI y M. R. MARELLA. *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, 50.

38 Cfr. la Introducción de MAX RHEINSTEIN al libro de MARY ANN GLENDON. *State, Law and Family. Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, 1977, IV.

39 E. ROPPO. "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni", en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 769, nota 204.

40 Se trata de la Ley del 16 de febrero de 2001 (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften*), que en el artículo 1.º remite al *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (*LaprtG*).

41 Se trata de la *Loi N. 99-944*, del 15 de noviembre de 1999, que en el artículo 1.º ha introducido en el *Code civil*, bajo un nuevo "título" ("Du pacte civil de solidarité et du concubinage"), los artículos 515-1 a 515-8. Los que se mencionan en el texto son, respectivamente, el 515-1 y el 515-4.

42 En este sentido, MARELLA. *Il diritto di famiglia tra status e contratto*, cit., 17.

individualizado en la normatividad vigente "la violación del derecho a un *status filiationis*", en perjuicio de los hijos incestuosos, afirmando claramente que la atribución de un *status* no implica "una concepción 'totalitaria' de la familia" sino, por el contrario, se condice perfectamente con el "principio personalista"⁴³.

Por otro lado, no se debe pensar que los sistemas del *common law*, donde el pasaje del *status* al contrato se ha realizado plenamente, no planteen aquellos problemas de "paternalismo" que generalmente le son reprochados a la técnica del *status*. Así por ejemplo, a los críticos les ha parecido que la *implied-in-fact contract doctrine*, que es generalmente vinculada al célebre caso *Marvin v. Marvin* (donde por primera vez –1976– se afirma la obligatoriedad de los acuerdos meramente implícitos entre los convivientes), ha surgido "como la tentativa de las cortes para someter la convivencia al *paternalismo estatal*"⁴⁴.

Además, si se debe hablar de "paternalismo", no se ha dicho que el paternalismo de los jueces sea preferible al del legislador, especialmente cuando este último no puede apartarse de los principios constitucionales.

En cuanto a la jurisprudencia norteamericana, en el famoso caso *Baby M.*, más allá de las decisiones contradictorias respecto a la validez del contrato (oneroso) de subrogación, deja realmente perplejos: la elección de los jueces de confiar la niña a los cónyuges STERN (si no en modo exclusivo) en razón de su "mejor estado social", respecto de la señora WHITEHEAD, definida como "mujer con ansiedad crónica"⁴⁵.

En cuanto a la jurisprudencia italiana, causa desconcierto el aislado intento del juez romano de ensayar una especie de tercera vía, "intermedia entre los dos extremos de la invariabilidad absoluta y de la plena remisión al consenso de las partes privadas", respecto a la cual resultaría determinante el rol "de la determinación y control judicial": una vía que podría consentir a favor de la madre excluida –en el caso concreto, la madre subrogada– el derecho de "continuar viendo al niño, de seguirlo, participar en sus manifestaciones de vida y de tenerlo consigo algunas horas del día"⁴⁶.

VI. LA FALTA DE SUPERACIÓN DEL *STATUS* Y EL ADVENIMIENTO DEL "PRINCIPIO PERSONALISTA"

Así pues, no ha tenido lugar la superación de los *status*. Más bien es cierto que se ha ido modificando el modelo normativo de referencia: que no se caracteriza ya

43 Corte Const., 28 de noviembre de 2002, n. 494.

44 MARELLA. *Il diritto di famiglia fra status e contratto*, cit., 43.

45 G. PONZANELLI. "Il caso Baby M., la 'surrogate mother' e il diritto italiano", en *Foro it.*, 1988, IV, 97 y ss.; íd. "Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di 'sostituzione di maternità'", íbíd., 1989, IV, 97 y ss.; íd. "Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di 'sostituzione di maternità'", íbíd., 1989, IV, 293 y ss.

46 Trib. Roma, 17 de febrero de 2000, cit.

—no obstante haberlo estado— por “una concepción de la familia enemiga de las personas y de sus derechos”, y que se inspira cada vez más en el “principio personalista” proclamado en el artículo 2.º C. P.⁴⁷. En los sistemas europeos de *civil law*, la búsqueda de una alternativa al autoritarismo fundado en “privilegios que antiguamente se han atribuido a la familia”⁴⁸ no se ha encauzado en la perspectiva individualista profetizada por MAINE, sino que más bien se ha realizado hacia una perspectiva “personalista-solidaria” que, partiendo de los principios constitucionales, consiente que se proyecte un acuerdo renovado entre una familia despojada de los “privilegios antiguos” (y revestida de nuevas responsabilidades) y una concepción de los *status* que ya no responde a un interés familiar (y en último análisis, del Estado), “que trasciende aquél de sus miembros en particular”, y puesto al servicio del interés de los individuos en salvaguarda del “lugar justo” en la familia (y, en último análisis, en la sociedad)⁴⁹.

En esta perspectiva, el respeto de las normas que regulan los *status* se acompaña a una tasa menor de rigidez, siendo gradualmente permeable a la introducción de perfiles de voluntarismo que, además, no se traducen necesariamente en instrumentos contractuales, sino que se expresan más bien en una valoración del consentimiento.

Se pueden dar algunos ejemplos, extraídos de la jurisprudencia o derivados de la legislación más reciente.

En tema de subrogación de la maternidad, una aplicación de las normas vigentes y respetuosa de los *status* pero sensible a la solución equitativa de los problemas que suscita el caso en particular, puede consentir que se alcancen resultados sustancialmente cercanos a aquellos que se quisieran perseguir mediante la estipulación de contratos concluidos “por el espíritu de liberalidad”. El asentimiento de la madre subrogada, permite a la llamada madre “comitente” adoptar ese hijo en su calidad de cónyuge del progenitor “biológico” (arts. 44, 1, lit. B, y 46 Ley 184/1983) que previamente haya procedido a reconocer el mismo hijo (arts. 250 y 254 C. C.), solicitando su inserción en la familia legítima (art. 252, 2 C. C.). Esta posible solución, que ha sido delineada de modo claro en la sentencia antes citada⁵⁰, puede dar lugar “a una especie de triangulación de los intereses en juego”, puesto que el cónyuge adoptante —tratándose de adopción no legitimante— deberá tener en cuenta las eventuales indicaciones de la madre parturiente en una perspectiva de plena “realización del interés del menor”⁵¹: resultado, éste, muy diverso, en cuanto a los presupuestos, de aquél que proyecta el juez romano como consolación parcial para la madre subrogada, que ha sido arbitrariamente despo-

47 Corte Const., 28 de noviembre de 2002, n. 494, cit.

48 SUMMER MAINE. *Dallo “status” al contratto*, cit., 212.

49 LENTI. *La procreazione artificiale*, cit., 212.

50 Trib. Monza, 27 de octubre de 1989, cit.

51 L. RUGGERI. “Comento dell’art. 25”, en *Adozione nazionale. Commentario della legge 28 marzo 2001*, C. M. BIANCA y ROSSI CARLEO (eds.), en *Nuove leggi civili comm.*, 2002, 1045.

jada del propio *status* y reducida a desempeñar un rol definido como "intercambiable"⁵².

El consentimiento de los padres a la adopción, que a la luz de la Convención de Estrasburgo la autoridad competente debe observar como presupuesto, salvo que se pueda desatender el eventual rechazo a consentir, solamente por "motivos excepcionales previstos por la ley"⁵³, empieza a tomar forma entre las mallas del régimen que el legislador de 1983, contraviniendo las indicaciones de la Convención (que hasta se había introducido en Italia), ha fundado sobre un criterio, por llamarlo así, "expropiatorio" de valoración del estado de abandono del menor. Si bien la Ley del 28 de marzo de 2001, n.º 149, confirma lo imprescindible del presupuesto objetivo del estado de abandono, impone al presidente del tribunal de menores, en el acto de apertura del procedimiento, "advertir a los padres", invitándolos a nombrar un defensor (modificando así el art. 10.º Ley 184/1983). Pareciera que esta innovación, unida al reducirse la posibilidad que la declaración de ser adoptado pueda tener lugar "aun de oficio" (contemplada en la formulación originaria del art. 8, 1), revelara el intento del legislador de 2001 de imponer al juez la tarea de confrontarse, en la medida de lo posible, con los padres del menor, a fin de lograr felizmente soluciones producto de un acuerdo, y en todo caso menos traumáticas, para así evitar que la imprescindible autoridad del juez de menores vaya a degenerar —como lamentablemente ha sucedido alguna vez en el pasado— en autoritarismo. Al respecto, es curiosa la referencia a la manifestación del "consenso a la adopción" de parte de "por lo menos uno de los padres biológicos", que ha introducido el legislador de 2001 en la disposición (art. 28, 7) que, innovando aquí también respecto al régimen originario, regula el acceso del adoptado a las informaciones sobre su origen y determina los límites de ello: ¿"disposición del todo incomprensible"⁵⁴ o tremenda "ganzúa" capaz de hacer saltar la intangibilidad de la construcción originaria del estado de abandono?⁵⁵.

Pero, puede ser que la innovación más importante en el nuevo régimen de la adopción, en la dirección de una adecuación de la concepción de los *status* a una perspectiva "personalista", sea el reconocimiento del derecho del adoptado a acceder, así sea dentro de ciertos límites, a las informaciones sobre su origen. Se ha ido consolidando el nuevo modo de concebir el *status* de hijo legítimo atribuido al menor frente a los padres adoptivos: no más entendido como imposición de una pertenencia a la nueva familia que tergiversa necesariamente cualquier expe-

52 Trib. Roma, 17 de febrero de 2000, cit.

53 Se trata de la Convención Europea en Materia de Adopción de Menores, ratificada e introducida en Italia mediante Ley del 22 de mayo de 1974, n.º 357. Las previsiones que se mencionan en el texto han sido tomadas del literal a artículo 5.º, 1, y del literal b artículo 5.º, 2.

54 Así, M. DOGLIOTTI. "Adozione di maggiorenni e minori", en *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (fundador) y F. D. BUSNELLI (dir.), Milano, 2002, 643.

55 Para esta hipótesis interpretativa, permítaseme reenviar a F. BUSNELLI. "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", en *Familia*, 2003, 16 y s.

riencia personal precedente, sino como expresión "del renacimiento simbólico del menor en la familia adoptiva"⁵⁶, que no impone siempre y en todo caso el sacrificio de la facultad personalísima del adoptado de reconstruir históricamente la propia identidad.

VII. NO SE NACE POR CONTRATO

En conclusión, en este sector tan delicado del derecho de las personas y de la familia los confines de la autonomía privada son indudablemente "movibles", pero confiar la dilatación de los mismos a los instrumentos contractuales no es necesariamente "noble".

Regresando a la cuestión planteada al inicio, en ningún caso se nace por contrato.

CARMEL SHALEV califica el contrato de subrogación como "contrato a favor de tercero, el niño que tendrá existencia"⁵⁷: una figura extravagante que además, si se traslada a nuestro derecho de contratos, requeriría la facultad del tercero para expresar la propia intención de "querer aprovechar de ello" (art. 1411, 2 C. C.), y consecuentemente que se configure un "derecho de no nacer". Este es, de otro lado, el título de una monografía publicada en Francia sobre la base del *célebrissime affaire Perruche*⁵⁸ que ha apasionado y dividido a los juristas franceses con relación a una decisión de la *Cour de cassation* que ha admitido el derecho al resarcimiento del daño sufrido, con el nacimiento, por un niño afectado por graves malformaciones debidas al contagio de la rubeola que contrajo la madre dura el embarazo, y que los médicos, culpablemente, dejaron de diagnosticar⁵⁹.

Pero, por fortuna, este derecho no existe. En Francia, el legislador ha afirmado, al inicio de la *Loi Kouchner*⁶⁰, que "nadie puede lamentarse de un daño *por el solo hecho del nacimiento*".

En cambio, existe un derecho a nacer, que no puede depender de un contrato. Hay aun, una vez más, una revancha del *status* sobre el contrato; se trata de la vía que conduce al "estatuto del concebido".

56 M. R. MARELLA. "Adozione", en *Digesto-IV ed., Disc. Privatistiche, Sez. Civile, Agg.*, Torino, 2000, 23.

57 SHALEV. *Nascere per contratto*, cit., 105.

58 O. CAYLA y J. THOMAS. *Du droit de ne pas naître*, Paris, 2002.

59 Cour de Cassation, Ass. Plénière, 12 de noviembre de 2000.

60 *Loi N. 2002-303, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.*

