

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS PROBLEMAS DE FILIACION

Autor: NATALIA VALERIA BRITOS

ABOGACÍA

2012

Comisión Académica de Evaluación:

Adriana Warde.

Verónica Taboas.



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI.

RESUMEN

En el presente trabajo se basa en el análisis de la figura de maternidad subrogada y los problemas de filiación, cuáles son las características esenciales de esta figura.

También se desarrolla el tema de la falta de regulación jurídica en la República Argentina, no sólo de la maternidad subrogada sino que también de la inexistencia de normas que regulen las prácticas de fecundación asistida, el vacío legal existente hacia el embrión que se encuentra fuera del útero materno; el no otorgamiento de un marco regulatorio para dichas prácticas dado que las personas que deciden utilizar este tipo técnicas, no se encuentran con un respaldo jurídico que los ampare frente a los incumplimientos que pudieran sucederse, y así evitar que caigan en prácticas clandestinas y/ o abusos.

Se plasma en este trabajo la necesidad de una urgente regulación sobre el tema, basándose en el respeto del derecho a la vida, a la dignidad humana, a la identidad, a los derechos de los niños, para así poder resguardar la institución de la familia y de todos los derechos que debe poseer una persona por nacer sea esta, que se encuentre fuera o dentro del útero materno.

ABSTRACT

The present work is based on the analysis of the figure of subrogated maternity and the troubles of filiation, and which are the essential characteristics about this figure.

It also develops the topic of the lack of legal regulation in the Argentina Republic, not only of subrogated motherhood, but also because there aren't norms that regulate the practices of the attended fertilization, the legal emptiness that exists to the embryo that is outside of the maternal uterus; the granting of a regulatory framework for these practices since the people that they decide to use this technique, haven't legal support covering them against breaches that could happen, and this would avoid falling into clandestine practices and / or abuse.

It is reflected in this work the need for urgent regulation on the subject, based on respect for the right to life, human dignity, identity, the rights of the child, so to be able to protect the institution of the family and all the rights that a person by birth this outside or inside the womb must have.

Dedicación y agradecimientos:

A mis padres Carlos y Alba, por todo el esfuerzo realizado para brindarme esta hermosa posibilidad que es el estudio, por la confianza depositada, por su apoyo, y acompañamiento.

A mi compañero de vida, Pablo por ser mi apoyo incondicional en las horas de estudio, gracias por la atención brindada, por tu confianza y por darme las fuerzas para no desistir en mis metas y enseñarme que no hay límites, que lo que me proponga lo puedo lograr.

A mi hermano Matías que para él también es un sueño cumplido;

A mi sobrino - ahijado Tobías, por ser mi rayito de luz...

A mis Profesores por las enseñanzas impartidas...

A toda la Familia Audisio – Kunda, por el apoyo brindado y contención;

A mis Amigas, que me acompañaron en los momentos de crisis y de felicidad;

A mi perseverancia en estos años de estudio, que nunca me llevo a desistir y siempre creer que era esta mi vocación, a pesar de los tropiezos y caídas.

A todos les agradezco y les digo... ¡¡¡¡ finalmente lo he logrado!!!! Otra nueva etapa comienza acá... y a no olvidar nunca, que cada paso en la vida, debe ser siempre adelante.

¡¡Muchas gracias a todos!!

Natalia.

INDICE

Introducción.....	pag. 8
Objetivos.....	pag.12
Metodología.....	pag.13
CAPITULO I: NOCIONES GENERALES VINCULADAS A LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	pag.15
1. Introducción.....	pag.16
1.1. Maternidad.....	pag.16
1.2 Nociones sobre la determinación de maternidad.....	pag.17
1.3 Técnicas de Reproducción humana asistidas.....	pag.19
1.4 Subrogación.....	pag.22
1.5 Nociones generales sobre la Maternidad Subrogada.....	pag.22
1.6 Causas que dan origen a la maternidad subrogada.....	pag.26
1.7 “Mater Semper certa est”.....	pag.28
1.8 Nuevas formas de conceptos de maternidad.....	pag.29
1.9 Descripción de los tipos de maternidad subrogada.....	pág. 30

CAPITULO II: EL NASCITURUS.....	pág. 33
2. Introducción.....	pag.34
2.1. Comienzo de la existencia de la persona humana.....	pag.34
2.2 Concepto de Persona.....	pag.35
2.3 Status Jurídico del concebido	pag.36
2.4 Equiparación del embrión y el concebido.....	pag.36
2.5 Teoría Romana “Pars viscerums matis”.....	pag.39
2.6 Convención sobre los derechos del niño.....	pag.39
2.6.1 Derecho a la vida.....	pag.40
2.6.2 Derecho a la familia.....	pag.41
2.6.3 Derecho a la identidad.....	pag.43
CAPITULO III: CUESTIONES JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	pag.46
3. INTRODUCCION.....	pag.47
3.1 ¿Qué es el Contrato?.....	pag.48
3.1.1 Naturaleza jurídica del contrato, característica y elementos constitutivos...	pag.48

3.1.2 Requisitos de Validez.....	pag.49
3.2 Contrato de alquiler de vientre.....	pag.51
3.2.1 Perspectiva del derecho argentino.....	pag.52
3.3 Derechos involucrados.....	pag.56
3.3.1 Derecho a disponer del propio cuerpo.....	pag.57
3.3.2 Derecho a procrear.....	pag.58
3.3.3 Derecho a la Igualdad.....	pag.60
3.3.4 Derecho a la Maternidad.....	pag.62
3.3.5 Derecho a la Familia.....	pag.63
3.3.6 Derecho Comparado.....	pag.67
3.3.7 Jurisprudencia.....	pag.69
CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD CIVIL.....	pag.74
4.1 Entorno a la licitud.....	pag.75
4.2 Efectos jurídicos del alquiler de vientre.....	pag.76
4.3 Responsabilidad civil.....	pag.79
4.3.1 Responsabilidad de la gestante.....	pag.80
4.3.2 Responsabilidad de los Donantes.....	pag.81

4.4 Resarcimientos y daños.....pag.82

CAPITULO V: PROBLEMÁTICA JURIDICA EN RELACION A LOS AVANCES
CIENTIFICOS.....pag.87

5. INTRODUCCION.pag.88

5.1 Filiación.....pag.89

5.2 Procreación.....pag.94

5.3 Mercantilización.....pag.95

5.4 Debate entre lo público, lo privado y la posición de la Iglesia.....pag.97

CAPITULO VI: PROBLEMÁTICA DE LA CIENCIA Y EL DERECHO.....pag.100

6.1 Falta de regulación Jurídica.....pag.101

6.2 Crisis en su reconocimiento.pag.102

6.3 Los problemas que traen aparejados.....pag.103

6.4 Superación de la regla “ Mater Semper Certa Est”.....pag.104

CONCLUSION.....pag.106

BIBLIOGRAFIA.pag.110

INTRODUCCIÓN

Introducción.

Tradicionalmente el hecho de brindar vida, se encuentra determinado por dos hechos o momentos fundamentales, ellos son por naturaleza: la unión de la pareja y la procreación, son ellos los que facultan a los hombres y mujeres la posibilidad de lograr descendencia, y constituye la base de la constitución de una familia, en la que se crean vínculos, relaciones, otorga derechos, deberes y obligaciones, que perduraran durante toda la vida (y algunos después de la muerte) entre padres e hijos.

Los avances científicos de los últimos tiempos; nos han llevado a un cambio de las realidades, donde encontramos que mediante nuevas técnicas de reproducción asistida, la institución clásica y tradicional de la familia, ha sido sometida a cambios profundos, que han desvirtuado la institución y plantean un reto para la sociedad y fundamentalmente para el derecho, que debe brindar una regulación normativa, en el tema concreto de la maternidad, donde la ciencia ha creado mediante manipulaciones genéticas, la denominada “ Maternidad Subrogada”, que consiste en una práctica en donde; una mujer puede llevar a cabo la gestación de un niño, que genéticamente es de otra mujer; y entre la mujer gestante y el niño gestado; no necesariamente tienen una relación de parentesco; dado que las técnicas que se utilizan son diversas y podrán pactarse de acuerdo a la necesidad de cada caso en particular.

Un tema que se presenta hoy muy controvertido; es este acuerdo o pacto entre una pareja y una mujer para llevar a cabo la fecundación de un embrión; en donde llegado el

momento del alumbramiento; la mujer gestante, hace entrega del niño a la pareja; estas circunstancias presentan, muchos detractores y defensores, y se encuentra subsumido en un mar de discusiones de índole, religiosas, biológicas, éticas, sociales y jurídicas; que conllevan muchísimos interrogantes del tema.

“La *maters sempre certa est*” (la maternidad siempre cierta es), en nuestro derecho positivo, la maternidad se determina mediante el parto, lo cual hace discutible tanto desde un punto de vista moral como jurídico el tema de esta tesis que es la maternidad subrogada, en el cual es inaplicable el principio de “*maters sempre certa est*”, y es por ello que esta tesis se proyecta en la búsqueda de doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, para ir marcando los lineamientos generales para futuras regulaciones.

Entendemos que en los tiempos modernos de hoy, no se puede dejar de lado los avances de la ciencia, el derecho tiene que dar una respuesta a esta problemática, no puede evadirse la maternidad subrogada, no podemos tildar de jurídicamente imposible, lo que es posible en la realidad mediante la ayuda de la tecnología y los avances científicos.

La filiación, desde nuestro punto de vista, no está determinada únicamente sobre una base biológica, donde se asienta la institución; esto paso a ser un concepto antiguo, nadie niega que es la base inexcusable; pero no es la única manera de crear una familia, hay progenitores no padres para el derecho y padres no progenitores, donde podemos concluir que la filiación no es solo un lazo de sangre, sino que también conlleva una parte grandísima de voluntad. Para profundizar estos argumentos plantearemos las diferentes doctrinas aportando cada una de ellas un enfoque particular.

En Argentina se precisa la regulación de esta institución, donde habrá de plantearse todas estas cuestiones, la necesidad de una ley que autorice, fiscalice y realice un control de estas prácticas, que se vienen desarrollando, sin ningún amparo legal que sustente los límites y directivas donde lo que se pretende, es la regulación de esta necesidad humana del hombre; como es el derecho a tener hijos, y el derecho de estos niños a tener una familia, a conocer su origen, etc. Por ser el derecho una herramienta social fundamental para otorgar seguridad jurídica para el bienestar general, es que debe ajustarse a estas nuevas exigencias de la realidad, ya que de lo contrario se convertirá en algo obsoleto, caduco o totalmente inoperante.

OBJETIVOS:

Para el desarrollo de este trabajo se plantearon los siguientes objetivos:

1. Objetivos Generales:

Analizar la problemática de determinación de maternidad, que surge en los casos de alquiler de vientres, entre la criatura, la mujer gestante y los dadores del embrión (padres biológicos)

2. Objetivos Específicos:

- A que se le denomina maternidad subrogada
- Describir los tipos de gestación posibles a realizar en un alquiler de vientre ;
- Describir que marco de regulación las partes le otorgan a estas prácticas;
- Identificar si de acuerdo al Ordenamiento Argentino, podría otorgarse la validez de los contratos de alquiler de vientres; y cuáles serían los requisitos que los mismos deben cumplir; cuales son los efectos que traerían aparejados este tipo de contratos.
- Realizar un análisis de derecho comparado entorno a la maternidad subrogada;
- Cómo el derecho determina la maternidad y cómo estas prácticas nuevas realizan un cambio en el modo de determinar la maternidad tradicional.

METODOLOGIA:

La investigación apunta a realizar un trabajo basado en la investigación exploratoria y correlacional, del fenómeno de la maternidad subrogada y los problemas de filiación sobre las cuestiones de determinación de la maternidad, analizando la legislación vigente en la República Argentina y el derecho comparado en el ámbito internacional sobre la temática, basándose en los tres pilares fundamentales del derecho:

- Ley
- Doctrina
- Jurisprudencia.

La ley en el campo jurídico se emplea desde tres sentidos:

Sentido restringido: Son las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo, con carácter de leyes. En Argentina las leyes pueden ser: Nacionales, Provinciales o Municipales.

Sentido amplio: todo derecho legislado, toda norma jurídica instituida deliberadamente. Comprende no solo la norma en sentido estricto sino también la Constitución, los Decretos del Poder Ejecutivo, entre otros.

Sentido amplísimo: Se encuentran además de las normas mencionadas anteriormente la jurisprudencia, que a su vez se oponen a las normas consuetudinarias dado que estas últimas surgen espontáneamente.

En el presente trabajo el análisis Doctrinario ha sido de fundamental importancia, entendiéndose por doctrina al estudio científico del derecho positivo, para su aplicación con el fin único de analizar normas, interpretarlas y señalar las reglas para su aplicación.

La búsqueda, estudio y análisis de la jurisprudencia para la realización del presente trabajo ha sido de una herramienta fundamental para la interpretación de la regulación internacional de la figura sobre la maternidad subrogada, y la determinación de filiación.

Existen dos acepciones para la determinación de la jurisprudencia

Sentido amplio¹: Jurisprudencia es el conjunto de todas las sentencias, dictadas por los órganos jurisprudenciales del Estado

Sentido restringido²: Jurisprudencia es el conjunto de sentencias de orientación uniforme, dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver casos semejantes. Por otra parte vale destacar que dicha orientación de los fallos, se concreta en una norma general, que aplicaran los jueces para casos similares a lo que denominamos analogía.

¹ TORRÉ, Abelardo, "Introducción al derecho", 14° ed., Abeledo Perrot – Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2003, p.368

² Ídem, p.309

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

VINCULADAS A LA

MATERNIDAD SUBROGADA

1. Introducción.

Antes de comenzar abordar la temática el presente trabajo, creemos preciso realizar una introducción sobre las nociones generales entorno a la maternidad subrogada para una óptima comprensión de la lectura, analizando puntualmente los términos que surgirán a lo largo del desarrollo del tema.

1.1. Maternidad

La maternidad según Manuel Ossorio³, es la *“relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente”*. Pero el mismo autor define el concepto de madre como *“La mujer que tuvo uno o varios hijos. En relación con el hijo, constituye el primer grado de parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente. La condición de madre trasciende a diversas instituciones jurídicas”*. Así en el derecho civil relaciona la maternidad, en primer término la condición legal de hijos, según sea el estado civil de la madre, también se encuentra regulado en nuestro Código Civil (en adelante C.C), la determinación del momento de la concepción, la contabilidad del tiempo de gestación para determinar en los casos controvertidos de paternidad de quien es el padre, o bien si se trata de un hijo matrimonial o extramatrimonial, y no acaba aquí la regulación existe normativa en lo referente al parto, momento culmine donde mediante el alumbramiento comienza la

³ Ossorio Manuel .Diccionario de Cs. Jurídicas, Políticas y Sociales Bs. As -1999-Pág.605 Edit. Heliasta.

existencia de la persona, es el derecho el que determina las condiciones para que ello suceda; como así también, se regula la determinación de la maternidad mediante dicho alumbramiento.

1.2 Nociones sobre la determinación de la Maternidad.

Los romanos estipulaban que el parto seguía el vientre (*partus sequitur ventrera*). El nexa biológico de la maternidad se determina mediante el parto, es por esto que la maternidad es siempre cierta y el derecho la presume salvo impugnación de la misma. Nuestro Código Civil, no nos brinda una definición de maternidad, pero si se encarga, de legislar, la determinación de la maternidad, aun sin mediar reconocimiento; y lo hace en el artículo 242 C.C diciendo:

“La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre, salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

La presente norma es común tanto para hijos matrimoniales como extramatrimoniales, pero presenta el concepto vertido algunos vacíos⁴ para diferentes

⁴ Borda, Guillermo – Tratado de Dcho. Civil – Familia- T.II Bs. As.1993. Pág. 16- Edit. Abeledo –Perrot.

situaciones , en donde la normativa no regula de manera completa esta circunstancia de determinación de maternidad; los vacíos que la norma presenta, en primer lugar no se estipula como se determina la identidad del recién nacido, el certificado acredita que la mujer dio a luz un niño, pero sus constancias no son suficientes para acreditar la identidad del nacido⁵ a decir, que ese niño es el que se inscribe como hijo de aquella; luego la ley 24.540, dictada en 1995, dispone que la madre, será identificada durante el trabajo del parto, y el niño, se identificara, una vez acontecido el nacimiento, y antes del corte del cordón umbilical (artículo 2). A su vez dispone que la identificación se vuelque, en una ficha única, numerada por el Registro Nacional de las Personas, se expiden tres ejemplares. En la ficha se asienta los datos de la madre, las impresiones dedactilares del niño, y además en la misma ficha debe constar con los datos del identificador y del profesional que asistió el parto, fecha, lugar y hora de nacimiento, datos del establecimiento médico y asistencial, y si el niño, nació con vida, seguidamente continuando la enumeración, en segundo lugar para la realización de la inscripción del niño, es necesario la presentación del certificado otorgado por el médico o el obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se le atribuye la maternidad. En la situación planteada observamos, que no se toma en cuenta el hipotético caso de aquella mujer que no haya llegado a ser asistida, al momento de dar a luz por alguno de estos profesionales de la medicina, lo cual puede ser un supuesto fáctico y posible en la realidad de lugares inhóspitos o en circunstancias excepcionales. En tercer lugar la norma establece que salvo reconocimiento expreso de la madre o denuncia realizada por el marido, deberá esta inscripción, serle notificada a la madre, lo que no dice la normativa; es quién debe notificar dicha inscripción; si el Jefe del Registro de Estado

⁵ Bossert, Gustavo; Zannoni, Eduardo – Manual de Dcho. De Familia – Bs. As. 2004 -Pág. 442 - – Edit. Astrea.

Civil y Capacidad de las Personas o el denunciante, como así tampoco contempla el caso en el que se desconozca el domicilio real de la madre, lo que torna imposible la notificación; y para ello sería de suma utilidad la publicación de edictos en los periódicos de mayor circulación del país, o del lugar donde se presume que pueda encontrarse radicada la madre, o en su defecto si tiene constituido un domicilio legal hacer el envío de las notificaciones a este.

A su vez la notificación a la madre, importa en cuanto de ser verdadera dicha inscripción, se le permita a la mujer impugnar dicha inscripción, mediante la acción de impugnación de estado, lo cual este se presentaría como un gran vacío legal y de fundamental importancia .

1.3 Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

Julio Cesar Rivera⁶ dice: *“Las técnicas de reproducción humana asistida son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación”*.

Encontramos diversas técnicas de manipulación para la realización de la fecundación asistida, pero describiremos, aquellas basadas en la inseminación artificial y las que se realizan mediante la fecundación extracorpórea o *in vitro*.

1. Inseminación Artificial: Se entiende por inseminación artificial aquella práctica no naturales que mediante la jeringas o catéteres ⁷ (suprimiendo el acto sexual), se

⁶ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. 3° edición. . Bs As. 1994 - Pág.367- Editorial Lexis Nexis: Abeledo Perrot

⁷ Lloveras de Resk, Ma. Emilia; Bertoldi de Fourcade; Bergoglio. Lecciones de Derecho Civil. Personas físicas y jurídicas. 2° edición. Córdoba. 1995 Pág.69

inocula el semen dentro del cuello vaginal o en cercanía del ovulo femenino. Y dentro de esta técnica se encuentran dos variantes.

a) Inseminación Artificial Homóloga: Se trata de una inseminación con semen del marido, se la reconoce con las siglas IAH. Se práctica en los casos en que los miembros de la pareja, son ambos fértiles pero presentan imposibilidad de efectuar una fecundación de manera natural.

b) Inseminación Artificial Heteróloga: Esta se práctica con semen de un donante o dador, el cual no tiene ningún vínculo con la mujer a la que se la va inseminar⁸, las siglas por la cual se la denomina es IAD; se práctica cuando el marido de la mujer es estéril, pero no solo es esta situación en que puede utilizarse esta práctica sino que también es factible en los casos de incompatibilidad del Factor Rh; y también en los casos en que el marido sea portador de anomalías cromosómicas transmisible⁹. Para estos casos se recurren a bancos de esperma o semen, quienes conservan el semen fresco y congelado, y realizan una clasificación tomando en cuenta las características físicas del donante, pero con la característica que se mantiene el anonimato del donante.

2) Fecundación Extracorpórea: La intervención consiste en la extracción de los óvulos, con la utilización de la laparoscopia, o con el método de punción folicular para aspirar óvulos y que mediante la ecografía visualizar dicho proceso, evitando así la cirugía laparoscópica. Una vez que se obtuvo los óvulos se procede a realizar la fecundación,

⁸ Rivera, Julio Cesar. Op.cit. p. 367,368

⁹ Bossert – Zanoni. Op.cit. p.470

y luego de ella se realiza la transferencia de una cierta cantidad de embriones (varían de 2 a 4), al útero de la madre genética o biológica, quien aportó el óvulo o en otra mujer distinta, como es el caso de la maternidad subrogada, también denominada, portadora o sustituta, pero dicha implantación se realizara solo si los embriones se encuentran en condiciones de iniciar la fijación o anidación. En esta encontramos las siguientes variantes:

a) Fecundación In Vitro: Práctica en la cual es necesario la obtención de semen mediante la masturbación, manual o mecánica, se colocan con los óvulos adquiridos mediante aspiración, en un plaqueta especial que permanece en una incubadora durante 48 horas, hasta lograr la fertilización, una vez que se produce esta, se transfieren algunos embriones al útero de la madre (biológica o subrogada) y el resto de los embriones pueden congelarse a una temperatura -197°C, sin riesgo para su mantención y posible utilización, en caso de que la mujer con esta implantación no quedase embarazada, poder utilizar nuevamente la técnica de Fecundación In Vitro en los meses siguientes, con los embriones sobrantes, sin que sea necesaria la realización de una nueva intervención laparoscópica. Y en el caso de que la mujer resulte embarazada y luego no quiera utilizar los embriones sobrantes, cabe la posibilidad de que puedan ser cedidos a otra pareja, que no pueda obtener embriones propios.

b) Transferencia Intratubario de Gametos (GIFT): En la realización de esta técnica, se colocan en cada una de las trompas de Falopio dos óvulos, (los cuales son extraídos con la utilización de la laparoscopia) y los espermatozoides para que

fecunden a aquellos en las propias trompas, ámbito en el que naturalmente se produce la concepción. La utilización en esta práctica puede lograrse con semen del marido, del concubino o de donantes, como así también la fecundación puede ser en el seno materno o en el útero de otra mujer como es el caso de la maternidad subrogada.

1.4 Subrogación.

Subrogación¹⁰: Acción o efecto de subrogar o subrogarse; o sea, de substituir o poner una persona (Subrogación Personal) o cosa (Subrogación Real) en el lugar de otra. Tiene especial importancia en materia de obligaciones, de contratos y de sucesiones.

1.5 Nociones generales sobre la Maternidad Subrogada.

Con el avance de la ciencia, hay situaciones que hace dos siglos atrás, eran impensadas, o parecían de ciencia ficción, actualmente, vemos cambio radicales en algunas instituciones o en algunas figuras jurídicas, en este tema en especial podemos decir que la maternidad, ha adquirido una nueva modalidad, o si se quiere una nueva especie de maternidad, llamada maternidad subrogada¹¹.

¹⁰ Ossorio Manuel. Op.cit. p. 942

¹¹ Lic. Arámbula Reyes, Alma – Investigadora Parlamentaria - Maternidad Subrogada
<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. (Fecha de consulta: 17 de Enero de 2012)

El antecedente de esta figura¹², se encuentra en 1975 en donde con la aparición de un aviso publicitado en un periódico de California, el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, con el semen de un hombre casado y que procediendo el nacimiento del niño se haga entrega a la pareja, mediando una remuneración económica para la mujer que aceptare dicha práctica. Desde entonces se ve plasmado un gran desarrollo de esta figura sobre todo en los EEUU, India entre otros, donde se practica dicha intervención mediando un acuerdo contractual previo.

A pesar de ser un término nuevo, encontramos diversas definiciones respecto al tema; en la actualidad, del siglo XXI, ya no hay un desconocimiento del tema total, pero tampoco es un concepto por el cual estamos familiarizados en la República Argentina que suele reconocerse (mal denominada) como alquiler de vientre. La maternidad subrogada se la comenzó a conocer desde el año 1975, como hemos hecho referencia con el antecedente citado pero utilizado de manera errónea, en aquel caso citado, la gestante hace aporte de su óvulo que mediante inseminación artificial lleva adelante la gestación del niño, al cual luego cede en custodia al padre biológico y su esposa, por el cual no existe subrogación alguna en dicho caso dado que la madre genética o biológica es la gestante, que nacido el niño lo entrega. Algunos doctrinarios¹³ consideran que la maternidad subrogada existe cuando la gestante, presta su útero para la llevar a cabo la gestación de un embrión, al que no le pertenece genéticamente; posición que compartimos. No creemos que sea viable decir que existe maternidad subrogada cuando la gestante es la aportante del óvulo para ser fecundado, porque no habría subrogación alguna en este caso, sino que entre la gestante y el niño existiría plenamente una filiación de maternidad respecto al niño por nacer o nacido.

¹² Rivera, Julio Cesar. Op.cit. p. 385

¹³ Ídem. Bossert, Eduardo y Zanonni Eduardo. Op.cit. p.473, 474 – Edit. Astrea.

La maternidad subrogada no en todos los países, ha sido de la misma manera denominada, utilizándose diferentes expresiones para ello, aunque la de mayor trascendencia por influencia Norteamericana, es la denominada Maternidad Subrogada.

En cuanto a la definición de la misma, a modo personal podría decir que; Maternidad Subrogada: Es el acto por el cual una mujer acepta gestar en su vientre un niño, mediante la implantación de un embrión ajeno en su útero, (esto es lo característico del tema), donde al culminar el periodo gestacional, hace entrega del niño a la madre o padres biológicos aquellos que realizaron la contratación. Según Jesús Gonzáles Merlo¹⁴; “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”. José Carlos Mallma Soto¹⁵ a criterio propio la define como la práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido; situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser, con la intención de entregarlo (...). Lo que determina la maternidad subrogada, es la implantación de un embrión, que genéticamente no es correspondiente con la mujer gestante, sino a una pareja ajena. Existen diferentes maneras de realizar una gestación en un vientre ajeno, y otras maneras de fecundación con diferentes manipulaciones genéticas, se podría decir que la implantación de un embrión ajeno, en el cuerpo de la mujer gestante o portadora, es a lo que lo que se denomina “maternidad subrogada propiamente dicha”.

¹⁴ Citado por: Mallma Soto, José Carlos – Alquiler de vientre y sus problemas con la filiación.
<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf> (

Fecha de consulta: 13 de Enero de 2012)

¹⁵ Ídem.

Existe otras apreciaciones y hasta algunas clasificaciones de maternidad subrogada, tanto es así que Graciela I. Anselmi Cabral¹⁶ la describe a la madre subrogada, como aquella práctica en la cual la pareja contrata con otra mujer para ser inseminada artificialmente con el esperma del esposo de la mujer infértil y luego de producido el nacimiento cedería el niño, y también a su criterio existiría una segunda situación a lo que da a llamar madre subrogada en la gestación, esta sería cuando se le extrae un ovulo para ser fertilizado in vitro con esperma del esposo, y luego se lo implantaría a otra mujer que se subrogaría en la gestación de la primera, la que luego entregaría el niño nacido a los padres genéticos. Consideramos esta última la manera correcta de determinación de maternidad subrogada, teniendo en cuenta las diferentes posibilidades de manipulación genética que pueden introducirse en el llamado alquiler de vientre, según sea una u otra la posibilidad de la pareja.

No solo encontramos diversos conceptos que hacen referencia al tema, también como ya hemos hecho referencia; encontramos diferentes expresiones¹⁷, para denominarla:

- Maternidad sustituta
- Maternidad por sustitución
- Maternidad suplente
- Maternidad de encargo
- Maternidad subrogada (EEUU)

¹⁶ Método de Reproducción Asistida y su incidencia Jurídica- Determinación en la Filiación de la Maternidad Subrogada. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html. (Fecha de consulta: 13 de Enero de 2012)

¹⁷ Escobar Enríquez, Rodolfo Federico. Abril 2011. Importancia de la Institución Jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico Guatemalteco. Guatemala. Tesis Facultad de Cs. Jcas y Sociales, de la Univ. De San Carlos de Guatemala por. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf (Fecha de consulta : 13 de Enero de 2012)

- Madre portadora (Francia)
- Madres de alquiler
- Vientre de alquiler
- Alquiler de vientre
- Alquiler de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro
- Gestación por sustitución
- Gestación subrogada

Todas ellas hacen referencia a la misma figura. Y como he señalado anteriormente, la más conocida en Latinoamérica ha sido ha sido la de Maternidad Subrogada por influencia norteamericana, aunque se lo reconoce también por la denominación de alquiler de vientre, término él cual no compartimos.

1.6 Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada.

Esta figura de la maternidad subrogada, nace como consecuencias de diversas técnicas de fertilización asistida a la vez, siempre dependiendo de los casos particulares, encontramos el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación del embrión en el útero, e incluso manipulación embrionaria, ya sea utilizada para corregir errores genéticos, o simplemente para seleccionar el

sexo del niño por nacer¹⁸. Las mujeres o parejas que recurren a estas técnicas, generalmente se encuentran afectadas con problemas de infertilidad y/o esterilidad. Aunque podemos encontrar otras causas, poco justificadas y socialmente reprochadas, como lo son los casos de estética, o de los matrimonios igualitarios. Las circunstancias posibles en estos casos son los siguientes¹⁹:

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;

2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la Fecundación.

3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé.

4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;

5. Cuando la mujer ha muerto y antes de morir deja un embrión congelado, producto de la unión de su óvulo y el espermatozoide de su marido mediante una Fecundación in Vitro.

¹⁸ Rodríguez López, Dina. Nuevas técnicas de reproducción humana. Útero como objeto de contrato <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>. (Fecha de consulta: 13 de Enero de 2012)

¹⁹ Ponencia Presentada por: Richard Muñoz, Ma. Paz. Régimen Jurídico. Maternidad Subrogada. Año: 2008. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf> (Fecha de consulta: 13 de Enero de 2012)

6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En la maternidad subrogada, no solo lo característico es el uso de las técnicas de reproducción asistida ya nombradas, sino que también encontramos un hecho fundamental, que cumple un rol de suma importancia como lo es, la voluntad de la mujer que presta su consentimiento para llevar a cabo la gestación de un niño sin que lo considere su hijo, hecho fundamental para que luego del nacimiento del niño, haga entrega del mismo a la pareja contratante.

1.7 “Mater Semper Certa Est”.

La madre siempre cierta es.... Se identificaba la maternidad, con la mujer que alumbraba un niño, y no cabía otra posibilidad. *Mater Semper Certa Est*; concepto que en la actualidad, con las técnicas de manipulación genética ha quedado vetusto donde hoy podemos encontrar bancos de óvulos, de espermatozoides, donde una mujer o pareja que desea tener un hijo puede acudir a ellos para luego con ayuda de la ciencia y la tecnología, concretar una fecundación y lograr tener el hijo deseado gestándolo en su cuerpo o en el cuerpo de otra mujer. Son estos descubrimientos científicos que quiebran con el principio de *mater Semper certa est*, como así también con el principio de *partus sequitur ventrem*, principios tradicionales en la figura de maternidad, apoyados exclusivamente en el vínculo biológico entre la madre y el niño, lo que han permitido

presumir la maternidad de la mujer mediante el parto, e incluso aun sin reconocimiento expreso de la misma como hemos desarrollado anteriormente, creando así una incertidumbre al menos jurídica con la relación filial de la madre e hijo. Se presenta un cambio en estos casos, que rompe esa seguridad al momento de determinar la maternidad, en donde tiempo atrás era impensado que una mujer no pudiera corresponderle genéticamente el niño que alumbrara. Se presenta un problema de suma importancia, que requiere de regulación legislativa, para determinar entre la maternidad biológica derivada del aporte genético del óvulo fecundado y la maternidad determinada por el parto.

1.8 Nuevas formas de los conceptos de Maternidad.

En la historia de la civilización, siempre hemos encontrados diferentes conceptos entorno a la maternidad, así podemos encontrar al igual que la clasificación de hijos, lo que se considera a los diferentes tipos de madres de acuerdo a su situación jurídica o social, y esto no es fuera de lo común, ha existido jurídicamente y socialmente diferentes maneras para determinar al hijo según sea este natural, incestuoso, adulterino o sacrílegos; y esto viene dado en correlación a la madre, o al padre, u ambos; determinados por la filiación.

La madre al igual que los hijos podían ser, natural, incestuosa, adulterina o sacrílega, distinción que con el correr del tiempo han sido derogadas (Desarrollaremos el tema de estas clasificaciones y definiciones, en el Capítulo II, filiación) hemos superado este tipo de determinaciones tanto para los hijos como para las madres, jurídicamente se establece la maternidad natural o por adopción, según corresponda.

Actualmente encontramos la aparición de esta nueva figura, que se ha dado a llamar maternidad subrogada. Es a través de ella que se determinan diferentes modalidades de maternidad compartida, y estas modalidades las describe la Licenciada María Paz Richard Muñoz (México)²⁰:

- *Maternidad Plena*: Une una relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos, y cumplimiento de los deberes que implica la maternidad.
- *Maternidad Genética*: Es la que se convierte en donante de óvulo.
- *Maternidad Gestativa*: La mujer lleva adelante, la gestación de un óvulo donado.
- *Maternidad Legal*: La de quien asume frente al hijo, los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos, vínculos biológicos.

Estas nuevas modalidades que acabamos de describir de los tipos de maternidad, en nuestro país todavía los doctrinarios o juristas no han llevado a cabo una clasificación que se asemeje a la citada, y la cual entendemos que resulta de suma utilidad para la aplicación y el entendimiento de estos casos en particular.

1.9 Descripción de los tipos de Maternidad Subrogada.

En este tipo de manipulaciones genéticas pueden haber diversas maneras de realizarlas, y enunciaremos muy brevemente una enumeración²¹, con una pequeña redacción a modo de reconocimiento de cada uno de ellos.

²⁰ Ponencia Presentada por: Richard Muñoz, Ma. Paz. Régimen Jurídico. Maternidad Subrogada. Año: 2008. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf> (Fecha de consulta: 13 de Enero 2012)

²¹ Mallma Soto, José. Op.cit.

- La mujer acepta ser inseminada con semen del hombre que no es su Esposo, ni pareja la cual gesta el niño, y llegado el alumbramiento del niño, la mujer se compromete a entregarlo renunciando los derechos de filiación. Acá podemos apreciar que la mujer gestante es la que otorga el aporte genético al embrión, luego niño con la cual existe biológicamente una vinculación filial, sólo que ella renuncia a dicho derecho. Como se aprecia, en este caso no hay una sustitución de vientre. Por lo tanto, podría corresponderle derecho al régimen de visitas, la obligación de prestar alimentos, entre otros. El tipo de subrogación existente es total y la fecundación es heteróloga.
- La mujer, acepta en este caso, que se le implante en su útero, un embrión, de la pareja contratante, al momento del nacimiento del niño, lo entrega a sus padres biológicos, dado que a ellos genéticamente les pertenecen. Este tipo de fecundación se denomina; fecundación homóloga y en este caso la subrogación es parcial, por lo que la madre gestante solo presto consentimiento para anidar el embrión, sin el aporte de sus óvulos.
- Y existe la posibilidad que se implante un embrión, que provenga de una donación de óvulos y espermatozoide conjuntamente, adquiridos en bancos especializados, o bien uno de ellos pertenezca a la mujer u hombre de la relación según corresponda, pues en este caso que biológicamente puede o no pertenecerle a la pareja de manera parcial o total.

Si hay donación de óvulos, habrá relación biológica respecto del padre, y si hay donación de esperma, y óvulo de la esposa, la información genética vendrá a determinar la filiación biológica con la madre. En caso de que ambos, esperma y óvulos sean adquiridos de estos bancos, es aquí que no existe filiación alguna ni con la gestante, ni con la pareja que solicita la gestación, pero cabría la posibilidad que la gestante,

controvierta su derecho en base al principio *partus sequitur ventrem* (el parto sigue el vientre), y así poder desarrollar los derechos de la maternidad. Aquí encontramos nuevamente una fecundación heteróloga, y de subrogación parcial.

En cuanto a los tipos de subrogación²² que podemos encontrar en este tipo de casos no solo puede ser determinada según el aporte o no genético de la gestante, sino que como es frecuente y de conocimiento general este tipo de prácticas se efectúan por una cuestión de seguridad jurídica, en los países que se encuentra permitido y regulado, con la realización de un contrato donde se estipulan las condiciones, los derechos y obligaciones de las partes, y desde el punto de vista económico puede realizarse una contratación onerosa o gratuita que va determinar las especies de subrogaciones:

- **Subrogación Comercial:** Esta situación la encontramos, cuando una mujer acepta engendrar un niño con o sin el aporte de sus óvulos, (fecundación homóloga o heteróloga) obligándose luego a la entrega del niño a los contratantes y lo realiza como si se tratara de un servicio uterino, por determinarlo de alguna manera o también podríamos llamarlo un servicio de gestación, el cual se estipula con el pago de una cierta cantidad determinada en dinero, y a estos importes se les agregan, los gastos de gestación, de parto y demás gastos que puedan ocurrir.
- **Subrogación Altruista:** Aquí la situación, solo varía en un aspecto entorno a lo económico. En este caso, la mujer acepta la gestación de un niño, generalmente sin aportes de óvulos (fecundación heteróloga), que se obliga a entregarlo a la pareja o persona contratante, y lo realiza de manera gratuita. Generalmente estos casos, se dan por tener con la pareja ciertos lazos que pueden ser de amor, afecto, amistad, o de parentesco.

²² Rodríguez López, Dina. Nuevas técnicas de reproducción Humana. Útero como objeto de contrato. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> 8 (Fecha de consulta: 13 de Enero de 2012)

CAPITULO II.

EL NASCITURUS.

2. Introducción.

En nuestro país, el derecho otorga un reconocimiento a la persona antes de producido el nacimiento denominándola, personas por nacer (nasciturus) y luego del alumbramiento hecho que está condicionado a que sea producido con vida, la denominación que le corresponde es de personas físicas. Nuestro ordenamiento reconoce al concebido, como engendro de vida, por lo que es considerado persona, siempre bajo la condición de que el nacimiento sea con vida para adquirir irrevocablemente la calidad de persona física, y ser susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, en tanto si el nacimiento no se produce, se lo considera como si nunca hubiese existido. Para ello nuestro derecho positivo, estipula una serie de normativas que regula desde el inicio de la concepción.

2.1 Comienzo de la existencia de la persona humana.

“La vida comienza en el mismo momento de la concepción, desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, nace un individuo, único e irrepetible, diferente de cualquier otro individuo, en ese embrión esta todo el hombre”. (Borda)²³

Nuestro C.C dispone en su

Artículo 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya

²³ Borda, Guillermo – Tratado de Dcho. Civil – Parte General .T.I. Duodécima edición Actualizada. Bs. As. 1999. Pág. 231- Edit. Abeledo- Perrot.

hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Como vemos nuestro ordenamiento jurídico, dictamina que comienza la existencia de una persona desde la concepción del seno materno, no dispone otra manera para determinar desde cuando comienza a existir una persona, dado que en la época en que el código ha sido sancionado, no existían las técnicas de fecundación asistida, y no se conocía que podía existir vida aun fuera del seno materno, lo que hoy mediante la fecundación In Vitro, da la posibilidad de fecundar los gametos fuera del seno materno y luego realizar la implantación del embrión gestado en la madre o en la subrogada.

2.2 Concepto de Persona

Artículo 30 C.C.: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”.

Ossorio Manuel²⁴ define a la persona como; “ser o entidad capaz de derechos y obligaciones aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones...” Y cita a Capitant que hace una definición análoga cuando dice que persona es el ente al que se reconocen capacidad para ser sujeto de derecho.

²⁴ Ossorio Manuel. Op.cit. p. 747

2.3 Status Jurídico del Concebido

El C.C, le otorga al concebido en el seno materno la calidad de persona por nacer. Y como tal, es sujeto de derecho.

Artículo 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

Artículo 70, diciendo “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

En ambos artículos encontramos que nuestro C.C, menciona y toma en cuenta solo el concebido en el seno materno, sin hacer referencia a la concepción extracorpórea (fecundación in vitro) debido a que en la época en que es sancionado el C.C, no eran pensadas estas técnicas de fecundación asistida, suplantando la relación sexual como acto procreador, por una forma no natural de procreación. Al entender de Bergoglio – Bertoldi de Fourcade²⁵ que *“se es persona a partir el momento en que se está en el seno materno, cualquiera que sea la forma en la que el ser haya sido concebido, por medios naturales o artificiales”*

2.4 Equiparación del Embrión y el Concebido.

²⁵ Lloveras de Resk, María Emilia; Bertoldi de Fourcade; Bergoglio. Op.cit. p.70

En la República Argentina no existe regulación jurídica como ya expresamos de la fecundación asistida, y por correlación tampoco se ha hecho una determinación jurídica respecto al embrión, si en cambio respecto del concebido el cual se encuentra reconocido por el Ordenamiento Jurídico Argentino, como persona por nacer en los articulo 63 y 70 C.C .

El embrión nadie puede dudar que también se trata de una persona por nacer, una vida futura que se encuentra supeditada a una cuestión temporal de la implantación en el útero para su desarrollo natural, que también presenta similitudes con el concebido y aunque se encuentre fuera de él, necesita de alguna consideración jurídica y la determinación de su alcance. Al dejarlo sin un marco legal, es que puede considerarse al embrión y por aplicación analógica una persona por nacer, el cual le resultaría beneficioso y de ser así un sujeto de derecho, pero también podría ser considerado cosa por encontrarse fuera del claustro maternal, por lo tanto sería objeto de derecho.

Una verdadera tutela jurídica del embrión vendría a estar en principio determinado con el iniciar su proceso de desarrollo natural en el útero, sin ninguna condición o limitación de que ello suceda, como así también determinar cuáles sería sus derechos. La vida embrionaria es merecedora del respeto, como así también del reconocimiento de la personalidad, y no solo deben ser reconocidos dichos derechos desde que se encuentra en el seno materno, sino que debe considerárselo aun fuera de él, dado que es un germen de vida.

Al igual que la persona por nacer, el embrión es incapaz de hecho, y necesita de terceros para ser representado, y son ellos los que velaran por sus derechos como así

también por su conservación dada su condición de mayor fragilidad, motivos por el cual es necesario el reconocimiento jurídico del embrión, y su condición humana. La realidad del embrión y el concebido, presentan más que meras similitudes, ambos presenta fines idénticos, como así también idénticas incapacidades, y hasta podría decirse que el embrión se encuentra en una situación más vulnerable que el concebido, por lo que el derecho debiera fundamentarse para el cuidado y protección del mismo, en base a la condición humana del embrión regulándola al igual que el concebido, amparándose en el derecho a la vida.

Existen propuestas doctrinarias nacionales²⁶ para la protección del embrión; las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1989), recomendaron que la protección del embrión debía ser considerada desde la concepción in vivo o in vitro, entendiendo que este es titular del derecho a la vida, a la dignidad, y el cual no podía ser objeto de manipulaciones, también propusieron que debían ser fecundados solo los óvulos que iban a ser implantados. Y para el caso de que existieran embriones congelados, debía legislarse buscando soluciones similares a la adopción.

Por otra parte la XI Conferencia Nacional de Abogados (S.C. de Bariloche 1989) entiende que la legislación, tendría que contemplar entre otras situaciones, las de la manipulación embrionaria, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico Argentino determina que la vida comienza con la concepción, y condena la manipulación con fines comerciales.

²⁶ Rivera, Julio Cesar. Op.cit. p. 388.

2.5 Teoría Romana “*PARS VISCERUMS MATIS*”²⁷

Los Romanos consideraban al nasciturus como “una porción de la mujer o de sus vísceras” (“*pars viscerum matris*” o “*mulieris portio est vel viscerum*”). El ser humano antes de nacer no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre, aunque no perdían de vista que en un futuro iba ser una persona, es por ello que le brinda protección jurídica al “nasciturus” y crearon una ficción jurídica, en el cual el hijo concebido era considerado como si hubiera nacido, en aquellas situaciones que se tratare de hacerle adquirir un derecho, pero este derecho se encontraba supeditado a la condición de que el niño nazca con vida, por lo que se trataba de una condición suspensiva²⁸

2.6 Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (en los Estados Unidos de América), el 20 de Noviembre de 1989. Argentina ratifica esta convención, luego de ser aprobada por el Congreso de la Nación, el 27 de Septiembre de 1990, con fuerza de ley. La convención consta de 54 artículos, de los cuales Argentina realiza reservas de los incs. b);c);d) y e) del art. 21 de esta convención, por entender que debe de manera previa, aplicarse un riguroso mecanismo de protección legal en materia de Adopción Internacional, con el fin de impedir el tráfico y venta de niños.

²⁷ <http://es.scribd.com/doc/54574932/jose-alejandro-pellicano-la-proteccion-al-concebido-en-derecho>
(Fecha de consulta : 16 de Enero de 2012)

²⁸ Condición: consiste en un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la adquisición o la pérdida de un derecho.

Con relación al art. 1° Argentina declara que considera niño a todo ser humano desde la concepción y hasta los 18 años de edad. En relación del art.24 inc. f) Vinculado a la planificación familiar, cuestión que atañe a los padres de manera indelegable, de acuerdo a los principios éticos y morales, e interpreta que es obligación de los Estados, adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres , y la educación para ejercer una paternidad de manera responsable. Y por último con relación a su art. 38 declara que es deseo de la República Argentina que la Convención hubiese prohibido terminantemente, la utilización de niños en los conflictos armados, de la misma manera que lo estipula en su derecho interno, en virtud del art. 41 que continuara aplicando a la materia.

Al margen de estas reservas, a modo de destacar existen artículos de importancia en relación del niño nacido bajo la figura de Maternidad Subrogada y son aquellos en lo referente al derecho a la vida, la identidad, a una familia que desarrollaremos junto a otros tratados y convenios internacionales que los contemplan.

2.6.1 Derecho a la Vida

Es el derecho por excelencia de todo ser humano, el bien máximo y supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino, este derecho se encuentra consagrado en la Constitución Nacional Argentina, en nuestro Código Penal donde protege el derecho a la vida sancionando su violación con penas privativas de la libertad; como lo son el homicidio y las lesiones que atenten contra este bien tan preciado y lo encontramos plasmado en su Artículo 79 y siguientes; el C.C también

protege este derecho amparándolo con una indemnización en caso de fallecimiento de la persona, derechos de alimentos etc.

En el ámbito internacional, y en virtud del Artículo 75 inc. 22 C.N, nuestra Carta Magna los adopta con fuerza de ley a los siguientes:

- Convención sobre los Derechos del Niño: Establece el derecho a la vida en el Art.6:
 1. *Los Estados partes, reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
 2. *Los Estados partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

- Pacto San José de Costa Rica en el Capítulo III de los derechos civiles y políticos; Artículo 4 inc.1: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*

- La Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre de 1948, en su Artículo 1 establece: *“derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de las personas”*. Por lo tanto toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad e integridad de su persona²⁹.

2.6.2 Derecho a la Familia

²⁹http://www.ucc.edu.ar/portalucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Legislacion_internacional/jerarquia_constitucional/declaamericanaddydddelhombre.PDF(consultado el día 13 de Enero de 2012)

Existe una amplia regulación destinada al reconocimiento de toda persona a tener una familia, a constituir la del modo que ella decida y con quien, decida constituir la y en lo que respeta al niño a su derecho de poseer una familia donde se desarrollara y creara los lazos entre sus integrantes, es por ello que en este apartado hare referencia en especial a lo que incumbe a los derechos del niño, los cuales se encuentran estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 8: *Contempla que “todos los Estados partes deben respetar el derecho del niño de preservar... las relaciones de familia de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.”*

Artículo9:

1- *“Los estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de la revisión Judicial las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”*

2- *“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*

Artículo10:

1- *“De conformidad con la obligación que incumbe a los estados parte a tenor de lo dispuesto, en el párrafo 1 del art.9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un estado parte o para salir de él a los efectos, de la reunión de la familia será atendida por los estados partes de manera positiva, humanitaria y*

expeditiva. Los estados partes garantizaran, además, que para la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorable para los peticionarios ni para sus familiares”.

2- El niño cuyos padres residan en estados diferentes, tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directo con los padres...”

Artículo 20: *1° párrafo dispone: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrá derecho a la protección y asistencias especiales del Estado”*

2.6.3 Derecho a la identidad

- La Convención de los Derechos del Niño de 1989, encontramos consagrado el derecho a la identidad de todo niño, y se manifiesta en el artículo 7 y 8 de la convención, estipulando lo siguiente:

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Nos extenderemos en este aspecto, debida a la importancia que se merece el tema y no solo enunciar lo contemplado por la Convención de los Derechos de Niño, que sin restarle importancia, en la Argentina también se encuentra legislado el derecho a la identidad, mediante la ley 26.061: De Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescente, lo regula en el Art. 11 y dispone:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327³⁰ y 328³¹ del Código Civil.

³⁰ Artículo 327 C.C: “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos en el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del Artículo 323”.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

Y en los artículos 11 y 12 de la misma ley, se trata el tema de la identificación mediante la inscripción y la documentación del menor, la cual es garantizada en forma gratuita para todas las niñas, niños y adolescente argentinos.

³¹ Artículo 328C.C: “El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”.

CAPITULO III

CUESTIONES JURÍDICAS

DE LA

MATERNIDAD SUBROGADA

3. Introducción.

Como hemos venido desarrollando, la ciencia ha permitido a una pareja infértil o estéril, concretar el sueño de ser padres, mediante manipulaciones genéticas en donde es posible que una mujer extraña a la pareja, pueda llevar a cabo la gestación de un embrión y que luego de producido el alumbramiento sea entregado a los padres genéticos del niño nacido.

Encontramos que en algunos países, para brindar seguridad jurídica a las personas que deciden utilizar estas herramientas para obtener descendencia, se le ha otorgado un marco regulatorio a dichos acuerdos, en los cuales mediante un contrato, se fijan las pautas, las conductas, los deberes, derechos y obligaciones de las partes, y así evitar futuros inconveniente al momento de la tenencia del niño nacido.

Los opositores a que dichas prácticas sean reguladas, manifiestan que el cuerpo humano no puede estar sujeto a acuerdos voluntarios de caracteres patrimoniales, como así también creen que los contratos de maternidad subrogada, se tratarían de contratos nulos por carecer de objeto, dado que el mismo en estos contratos se trataría de una vida humana, objeto mediante el cual se encuentra fuera de comercio, dada la imposibilidad de mercantilización del mismo, así también plantean que la madre portadora al momento luego del alumbramiento, renunciara a los derechos filiales, derechos que resultan irrenunciables, intransferibles y los cuales no puede ser objeto de negociación.

Desarrollaremos todos estos aspectos en el presente capítulo.

3.1. ¿Qué es un Contrato?:

“Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”³². Nuestro C.C., otorga la siguiente definición, estipulada en el artículo 1137: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. López de Zavalía³³, entiende importantes [... que si bien o mal (tanto da!) ha llamado “contrato”, a todos los negocios jurídicos bilaterales patrimoniales, cada vez que encontramos esta palabra empleada en el articulado, deberemos leerla en principio, con este sentido general”].

3.1.1. Naturaleza Jurídica del Contrato , Características y Elementos Constitutivos

El contrato es un acto jurídico y la definición otorgada por el C.C la encontramos en el art. 944: *“ son actos jurídicos, los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato , establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”*. Y es dentro de este concepto brindado que se encuentra el contrato. El acto jurídico es el género y el contrato la especie.

Características:

El contrato como acto jurídico presenta las siguientes características:

³² Manuel Osorio. Op.cit. p. 232

³³ Fernando J. López de Zavalía. Teoría de los Contratos. Tomo I. Parte General. Bs. As. 1997. Pág. 18Edit. Zavalía.

1. Bilateral : requiere del consentimiento de dos o más personas
2. Es un acto entre vivos. Los actos jurídicos, que no depende del fallecimiento de aquellos cuya voluntad emanan
3. De naturaleza patrimonial. Aquellos que poseen una naturaleza económica.

Elementos Constitutivos

- Varias personas, debe haber por lo menos dos, en el sentido de dos centros de intereses, aunque no haya dos individuos físicos, con el auxilio de la representación es posible el auto contrato.
- Un acuerdo sobre un acuerdo de voluntad común, debe haber un acuerdo y no una mera coincidencia circunstancial de voluntades
- Que dicha declaración este destinada a reglar los derechos de los contratantes. Así como en el artículo 944 C.C, se necesita una voluntad objetiva de los efectos jurídicos, intención jurídica y animo de contraer obligaciones.
- Es necesario que se reglen los derechos de los contratantes, por obra de la voluntad de los mismos, no bastando de que esta voluntad sea desencadenante.

3.1.2. Requisitos de Validez.

A los requisitos que determinan la validez de un contrato, la doctrina los denomina elementos, y a estos se los distingue en: elementos esenciales, naturales y accidentales

Elementos Esenciales: Este a su vez se los divide en esenciales generales : como aquellos requisitos que debían darse necesariamente, para que el contrato pueda ser válido, son: capacidad (de hecho)³⁴, consentimiento³⁵ (libre y voluntario), objeto³⁶ (determinado o determinable, posible, lícito, conforme a la moral y a las buenas costumbres), forma³⁷ (según sea un acto solemne o no) y causa (fin). Y se determinó como, elementos esenciales particulares; a los que debían necesariamente darse, en un determinado tipo de contrato para configurarse. Estos tipos de elementos deben darse siempre para que el contrato sea válido.

Elementos Naturales: Son aquellos que se encuentran normalmente en un contrato pero que las partes pueden voluntariamente excluirlos o manifestarse en contrario. Los elementos esenciales debían darse siempre, y estos son los que se dan normalmente, pero por voluntad de las partes pueden ser excluidos, sin que esta exclusión, influya en la validez del contrato, ni altera el tipo fundamental (cosa que si sucede en los elementos esenciales).

³⁴ Capacidad de hecho: Es la aptitud para ejercer los derechos de una persona. Hay autores que dicen que la capacidad no es un elemento del contrato, sino que es un presupuesto de validez del consentimiento.

³⁵ Art .1144 C.C: *el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra*; pero, en realidad , esta escisión del consentimiento hace más bien al proceso de formación de contrato.(Borda)

Art.1145: el consentimiento puede ser expreso o tácito , es expreso cuando se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo. El consentimiento tácito tiene la misma fuerza obligatoria que el expreso, a menos que la ley exija que sea prestado en esta forma , o que las partes han estipulado que sus convenciones no tendrán fuerza obligatoria sino después de llenadas ciertas formalidades.(Borda)

³⁶ Objeto: es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contraída.

³⁷ Art.973 C.C: "la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico. Por ejemplo la escritura Pública para ciertos contratos.

Elementos Accidentales: Es todo lo aquellos que normalmente, no está en el contrato, pero que las partes, a su voluntad pueden incluir.

3.2 Contrato de Alquiler de Ventre.

El hecho de que una mujer infértil pudiera tener un hijo mediante el útero de otra, se le dio a llamar alquiler de vientre, debido a que los primeros estudios enfocaban la atención de los sociólogos y juristas³⁸, el hecho de que una pareja arrendaba el vientre de otra mujer para llevar en su útero la gestación de un embrión, es por esto que cabría preguntarse si dicho acto, se trata de un contrato de locación.

El contrato de maternidad subrogada, necesariamente precisa del elemento volitivo de las partes, y esta voluntad se plasma en un instrumento privado, firmado por las partes, y lo que se discute en este caso es, si cabe la posibilidad de la realización de dicho contrato que representa una relación de índole patrimonial, en donde las partes mediante un instrumento deciden el objeto del contrato que en este caso, el rasgo distintivo de dicho acto contractual, no es nada menos que la determinación de la vida humana de una persona por nacer, donde interviene la voluntad de las partes y se incluye en el contrato, como una cláusula del contrato de maternidad subrogada. Admitir esta tesis sería, considerar el vientre de la madre subrogada y la vida del niño concebido, como un bien patrimonial de disposición de partes, en contradicción del orden público y los derechos humanos.

³⁸ Mallma Soto, José – Op.cit.

3.2.1. Perspectiva desde el Derecho Argentino.

Nuestro sistema jurídico no contempla la figura de maternidad subrogada, ni lo permite, ni lo prohíbe, por el cual existe una omisión total del tema. Ante este vacío legal, se recurre a la analogía, de aquellas normas que regulan casos similares, en virtud del artículo 16 del C.C. que dispone *“Si una cuestión civil no puede resolverse; ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso”*. Con respecto a los actos jurídicos el artículo 953 C.C, establece: *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por motivo especial no se hubiese prohibido, que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrario a las buenas costumbres o prohibidos por leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero, son nulos como si no tuvieran objeto”*. Siguiendo el presente artículo, se puede inferir que en el ordenamiento Argentino, la maternidad subrogada, el objeto se encuentra fuera de comercio, como así también es contrario a las buenas costumbres, por lo tanto se trataría de un contrato nulo por su objeto. Y ante situaciones donde se pretenda reclamar el cumplimiento de la obligación, no sería factible su ejecución forzada dada la naturaleza del compromiso asumido³⁹.

Según el C.C, Artículo 1493.- *“Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio*

³⁹ Maternidad Subrogada. <http://www.calp.org.ar/uploads/972124607f5afeaeb4953776dd096ac4.pdf> (consultado el día 16 de Enero de 2012)

determinado en dinero. El que paga el precio, se llama en este Código "locatario", "arrendatario" o "inquilino", y el que lo recibe "locador" o "arrendador". El precio se llama también "arrendamiento" o "alquiler"”.

Artículo 1494.-“El contrato de locación queda concluido por el mutuo consentimiento de partes. Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación”.

En la Rep. Argentina, con el régimen jurídico existente no cabría la posibilidad de efectuar contratos de maternidad subrogada; y si analizamos la hipótesis de efectuar un contrato de maternidad subrogada, ya sea que la gestante aporte o no óvulos, con el derecho positivo vigente en el país es que se determina que estos contratos serían nulos de nulidad absoluta, en uno u otro caso (con aporte de ovulo o sin aporte de ovulo), Graciela Medina⁴⁰ menciona el porqué de la nulidad de este tipo de contratos y hace referencia a que :

- 1) viola el orden publico
- 2) su objeto se encuentra fuera de comercio
- 3) es inmoral
- 4) desdobra la maternidad
- 5) altera el estado civil de las personas.

⁴⁰ Medina Graciela. Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana. Publicado: LA LEY 1997-C, 1433. <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf> (Consultado el día 16 de Enero de 2012)

El régimen argentino con estas regulaciones, presenta como función la de moralizar y no resuelve lo más importante que es el interés superior del menor.

Creemos que llegado el momento de legislar la temática de la maternidad subrogada, se deberán sentar las bases para impartir posición, si primara el aporte genético por parte de la mujer o si en cambio será más importante que aquel, el hecho de que la mujer lleve a cabo la gestación realizando la colaboración del cuidado y desarrollo del embrión y posteriormente la culminación del parto,

Por otro lado encontramos que en el C.C existe lo que se da a llamar locación de servicios, en el cual podría encuadrarse la figura de maternidad subrogada, si quisiéramos encontrarle algún marco legal para regular dichas prácticas, estableciéndola como una locación uterina, o locación de servicios de gestación; con el Artículo 1623 C.C. define esta locación como: “La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las “Obligaciones de hacer”, que consistirá en permitir la implantación del embrión para luego llevar adelante la gestación del niño, realizándose los controles médicos pertinentes. Pero el corolario de estas viene determinado con una obligación de dar, que consiste en la entrega del niño a los progenitores, en cuyo caso la figura más afín, sería la de locación de obra.

Hasta acá, cabría la posibilidad de encuadrar a la figura de maternidad subrogada en esta norma, con el objetivo de salvaguardar la institución de la familia. Luego encontramos otro artículo 1626 C.C.- “*Si la locación tuviese por objeto*

prestaciones de servicios imposibles, ilícitos o inmorales, aquel a quien tales servicios fuesen prestados, no tendrá derecho para demandar a la otra parte por la prestación de esos servicios, ni para exigir la restitución del precio que hubiese pagado". La normativa dice *servicios imposibles, ilícitos o inmorales...* desmembrando el artículo se podría decir que a los ojos de la ciencia, el hecho de la maternidad subrogada no plantearía imposibilidad alguna, ni física, ni material para dicha realización; de hecho los médicos especialistas dicen que es una práctica sin complejidad alguna y de fácil aplicación. En cuanto lo ilícito, dado que nuestro régimen, a la maternidad subrogada no la permite ni la prohíbe, podría encuadrarse dentro de los principios ontológicos del derecho y así fundarse en el principio de Clausura " todo lo que no está prohibido , está permitido", pero sucede que esto no llena el vacío normativo existente en el ordenamiento Argentino, respecto de este tema y aunque no esté establecida su prohibición puede afectar como lo es la maternidad subrogada a terceros o a la sociedad en general. Luego encontramos que en la Constitución Nacional art.19 último párrafo nos dice "*Ningún habitante de la Nación, será obligado hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*". Por lo que estaría sujeto a la libertad de las personas, llevar a cabo la realización de dichos contratos. Y por último decir que se trata de servicios inmorales, dependerá desde la perspectiva que se lo mire, porque para una madre que desea gestar con ansias a un niño, no vería la inmoralidad de rentar un útero para concreción de dicho sueño, tomándolo como un acto de brindar vida, un acto de amor a la vida para otros y a los ojos críticos de los más conservadores, se trataría de un acto inmoral y hasta repudiado y sobre todo entorno a la mujer gestante, es aun la más criticada desde lo social, que en la mayoría de los casos es devenido por un

desconocimiento, de en qué consiste la práctica, cuales son las técnicas utilizadas, y generalizando en una, todos los casos de maternidad subrogada sin hacer distinción.

Brindados estos razonamientos, planteamos la imperiosa necesidad de una legislación que controle este tipo de prácticas, amparando los derechos humanos y regulando los abusos que pueden existir en las voluntades de las partes involucradas, y no dejar que este limbo legal, que como hemos dicho la maternidad se encuentra determinada por el parto y es el derecho el que toma el nexo filial biológico sin admitir otro, que para la maternidad subrogada el nexo filial biológico se encuentra en ambas mujeres (gestante – donante) pero habrá que tomar en cuenta, cuál de las dos mujeres fue la que tuvo la voluntad procreacional, la que deberá primar al momento de la determinación de maternidad, para que el derecho puede adaptarse a las nuevas formas de procreación otorgadas por las ciencia médica y tecnológica, y brinda un marco regulatorio a estas nuevas familias, no dando la espalda o mirando para otro lado de la realidad, con la nulidad del acto o legislar la determinación seguida por el parto, y centrar la situación en el embrión, como persona y sujeto de derechos a los que le corresponde su derecho a la vida, a un desarrollo digno, a la identidad, a conocer su origen que no solo se deberá contemplar el origen genético sino que consistiría por añadidura su origen de gestación, y no es el remedio negar esta realidad, y tratar de desalentar a este tipo de prácticas.

3.3. Derechos involucrados:

Los derechos involucrados en esta figura son diversos, en la República Argentina al no existir una legislación respecto a la fecundación asistida, no

encontramos que muchos de los derechos que amparan dichas actividades, no se encuentran contemplados en el ordenamiento jurídico argentino, aunque algunos de ellos son reconocidos implícitamente; también encontramos algunos derechos donde el reconocimiento en muchos casos, vienen dado a raíz de la reforma de la Constitución Argentina del 1994, que reconoce con rango constitucional, los tratados internacionales y le otorga fuerza vinculante, por lo que deben ser respetado como la constitución misma (conforme art.75 inc.22 C.N) y las recomendaciones o resoluciones, sin fuerza vinculante, pero que generan costumbres. En la actualidad la ONU, plantea como objetivo primordial, el reconocimiento de los derechos reproductivos, como una categoría más de los derechos humanos.

3.3.1 Derecho a disponer del propio cuerpo:

En la maternidad por subrogación, existe un acto de disposición del propio cuerpo, en donde una mujer se compromete a llevar adelante, la gestación de un embrión implantado al que le es ajeno en su propio útero, y entendemos que no puede negociarse o estipularse un contrato, por encontrarse el cuerpo humano fuera de comercio⁴¹. La solución para que dicha práctica no se encuadre en un marco de ilicitud; la encuentran los doctrinarios en la dación del útero (contratación gratuita), encuadrándolo dentro de los actos de disposición del cuerpo, siempre y cuando no vulnere a la ley o a la moral. La idea de comercialización con el propio cuerpo es lo que lo lleva a determinar como un acto inmoral, aunque encontramos doctrinarios⁴² que se

⁴¹ Rivera, Julio Cesar. Op.cit. p.386

⁴²: Ibídem. p.387

manifiestan que en estos actos, existe una distorsión deshumanizadora de la maternidad y que por ello resulta contraria a la ley.

3.3.2 Derecho a Procrear.

No existe una referencia específica del derecho a procrear⁴³, se puede encontrar en los diferentes tratados internacionales, la referencia de fundar una familia, que trae aparejada la función de procrear de manera implícita, pero sólo en función de la familia y su constitución, tema que más adelante desarrollare de manera individual. La procreación humana no es absoluta, esta se encuentra condicionada a la naturaleza humana; en cuanto a la libertad individual de tener o no descendencia. Algunos defensores de la maternidad subrogada considera que el derecho a procrear o el derecho al hijo, encuadra en los derechos personalísimos y en la libertad de todo ser humano de tener o no relaciones sexuales, de la libre elección de con quien, o cuando mantenerlas, como libre ejercicio de la sexualidad, y con este la posibilidad o no de procrear y no consiste solo en el aspecto voluntario de la mujer de decidir positiva o negativamente en este aspecto, sino que no debemos perder de vista que también debe existir la posibilidad física de la mujer de concebir, que no siempre es igual a todas sino que esta aptitud física de concebir, puede encontrarse alterada por alteraciones o malformaciones físicas, cuestiones psicológicas, entre otros como ya he desarrollado, que impide a la mujer concebir por lo que se deduce, que la libertad humana se

⁴³ De la Torre Vargas; Maricruz. La fecundación in vitro y filiación; Edit. Jurídica de Chile-1993
http://books.google.com.ar/books?id=N7Bf63O6Uh0C&pg=PA37&lpg=PA37&dq=derecho+a+procrear&source=bl&ots=EVR4_Fb5tK&sig=RRkF1HpXMNCT5nVs4T1KDVYtQdQ&hl=es&ei=SGyxTryCNOji0QGYY8WbAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFMQ6AEwBw# (Consultado el día 10 de Diciembre del 2011)

encuentra desligada de la procreación y que para ello, existe el derecho a la igualdad, de toda mujer capacitada para llevar adelante una gestación de aquella que no posea tal capacidad, pueda acceder a las técnicas ofrecidas por la ciencia, que son otorgadas en beneficio de la población y a través de la maternidad subrogada lograr tener descendencia. En la conferencia Internacional sobre Desarrollo y Población de 1994, se encuentra los derechos reproductivos y a la salud reproductiva, el informe de esta conferencia en el capítulo 7, apartado 7.2 declara:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos...”

7.3“...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por

consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.

El derecho a procrear⁴⁴ no es más que el derecho natural de concebir un ser; derecho que al igual que los derechos a la maternidad y a la paternidad suponen obligaciones en los sujetos que los encabezan. El ejercicio del derecho de procrear suele conectarse con el derecho a la dignidad humana, a la autonomía y libertad individual, y a la intimidad, lo cual supone el libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público como lo consagra el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3.3.3 Derecho a la Igualdad.

La Constitución Argentina en su artículo 16 establece: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los*

⁴⁴ <http://es.scribd.com/doc/55017111/Derecho-a-Procrear-1-1> (Fecha de consulta: 17 de Enero de 2012)

empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas". De esta manera la carta magna lo que quiere es eliminar las discriminaciones, determinadas por las clases sociales, los títulos de nobleza, raciales o de cuestiones vinculadas al género.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁴⁵, estipula en los siguientes artículos, en los que se dispone de manera expresa, la igualdad de los hombres, así también, como lo dispone la Constitución Nacional que consagra el derecho a la no discriminación, estipulando la igualdad en todos los aspectos del ser humano. En el artículo 1 establece: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*.

En cuanto, a la no discriminación y a un trato igualitario para todos los hombres del mundo estipula en el artículo 2: *"Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..."*

También se consagra en dicho texto la igualdad ante la ley, estipulado en el artículo 7, diciendo: *"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"*.

⁴⁵ <http://www.faest.org/documentos/manual/ddhh.pdf> (Fecha de consulta : 17 de Enero de 2012)

3.3.4. Derecho a la Maternidad.

No se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho “a la maternidad”, si encontramos vertidos conceptos sobre maternidad, como así también regulación en cuanto a la determinación de la maternidad, pero no se ha establecido expresamente un derecho a la maternidad, que se trataría de un derecho personalísimo, de carácter individual, por el cual la mujer es la que decide cuando y como tener sus hijos, y estas decisiones vienen implícitas en el derecho de formar una familia, concepto en el que si encontramos regulación jurídica, protección constitucional e internacional, que a raíz de que nuestra Carta Magna equipara los tratados y convenios internacionales a idéntico rango constitucional (conforme al artículo 75 inc.22 C.N), es que puede decirse que encontramos una amplia protección de esta institución, como así también los derechos de las mujeres, su atención médica y demás.

Realizaremos una breve referencia, de los tratados internacionales, que expresamente dispongan normativas aplicables a la maternidad.

- En la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su Artículo 7 dispone: *Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.*
*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales*⁴⁶.

⁴⁶http://www.ucc.edu.ar/portallucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Legislacion_internacional/jerarquia_constitucional/declaamericanaddydddelhombre.PDF (Fecha de Consulta : 17 de Enero de 2012)

- En el pacto de San José de Costa Rica de 1969, dispone la Igualdad ante la Ley, en su Artículo 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*⁴⁷.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, en el artículo 10 dispone: que todos los estados partes en el presente Pacto reconocen: apartado 2. *“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”*

3.3.5. Derecho a la Familia

Desde una perspectiva sociológica⁴⁸, *la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.*

La familia para Zannoni⁴⁹ la considera -desde una óptica jurídica- como *“el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”.*

Ya se hizo referencia que el derecho a la familia, viene implícita con la función de procreación. Por lo tanto, si uno de los integrantes de la pareja padece de infertilidad

⁴⁷ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (Fecha de consulta : 16 de Enero de 2012)

⁴⁸ Bossert, Eduardo y Zannoni Eduardo. Op.cit. p. 5.

⁴⁹ Citado por: Belluscio, Augusto Cesar- Manual de Derecho de Familia – T.I. Bs. As- 2004- Pág.4 Edit. Astrea.

o esterilidad, este no podría alegar su derecho a procrear, por una cuestión lógica de que carece de esta aptitud, por poseer una incapacidad física y natural para lograr el desarrollo y llevar a cabo una gestación. Es con la ayuda de la ciencia y la tecnología que una persona podría obtener descendencia y así la conformación de una familia, consagrando el derecho e interés de mantener una vida familiar

El C.C no da un concepto o definición de familia, pero encontramos, en el artículo 2953 que hace referencia a los derechos reales, de uso y habitación, en su segundo párrafo “... *la familia comprende la mujer, y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos*” pero no podría decirse que se trata de un concepto de familia sino que hace alusión a los beneficiarios de los derechos reales de uso y habitación mencionados.

En el ámbito internacional, existen algunas regulaciones entorno a esta institución, ninguna de ellas nos brinda una definición jurídica, pero se encuentran reconocimientos y garantías y amparos, para los individuos que por voluntad propia constituyan una familia; por lo cual hago referencia de algunos de ellos.

- Convención Americana de los Derechos Humanos: Conocido también como el Pacto San José de Costa Rica de 1969 dispone, expresamente la Protección a la Familia; Artículo 17.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

• Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

- En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo VI: Derecho a la constitución y a la protección de la familia, como así también nos dice que *toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.*

- En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: **Artículo 23**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1976.

En el artículo 10 dice que los estados partes en el presente Pacto reconocen que:

1- "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su

constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

- Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de El Cairo 1994.

El informe de dicha conferencia en el capítulo 7, apartado 7.2 establece: *“El propósito de los programas de planificación de la familia debe ser permitir a las parejas y las personas decidir de manera libre y responsable el número y el espaciamiento de sus hijos y obtener la información y los medios necesarios para hacerlo, asegurándose de que ejerzan sus opciones con conocimiento de causa y tengan a su disposición una gama completa de métodos seguros y eficaces...”*

3.3.6. Derecho Comparado.

En lo que respecta a la maternidad subrogada, existen países que han aceptado legalmente esta figura, dentro de estos encontramos algunos que realizan una diferenciación en tanto se trate de una subrogación económica o si esta es altruista, como así también veremos que hay otros que se han manifestado en contra, prohibiendo la práctica y sin distinción alguna.

En el derecho comparado⁵⁰ encontramos:

- Los países que permiten la maternidad subrogada altruista e incluso la mercantil :

1. Estados Unidos de América: Este país contempla una forma de gobierno federativo, no ha legislado norma respecto del tema, y al no haber adquirido una política federal es que,

⁵⁰ Maternidad Subrogada en Rusia y en el Mundo http://surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php (Fecha de consulta 16 de Enero de 2012)

cada uno de los estados deciden libremente y nos encontramos que no todos sus estados lo permiten, en el estado de California es legal y es al que se recurre al momento de realizar una elección, se lo considera al estado más liberal de los Estados Unidos de América, y se estima que son unas 4.000 mujeres al año⁵¹ las que se realizan en este estado dichas prácticas, donde se encuentra una regulación completa del proceso que va desde la realización de un contrato, el asesoramiento, el seguimiento de la gestación, respaldo a la madre subrogada, obtención de certificados. El niño por el solo hecho de nacer en ese país obtiene la nacionalidad estadounidense.

Además del estado de California se encuentra permitido en los Estados de Virginia, New Hampshire. En el resto del mundo se encuentra permitido en: Ucrania, Bélgica, Rusia, India, México como también lo encontramos legalizado en⁵²: Corea del sur, Tailandia, Israel, Hungría, Grecia y Holanda

2. Países en los que solo se permite la subrogación altruista:

Australia, Gran Bretaña, Israel, España, Canadá. Brasil⁵³ que no la regula, pero se encuentra una resolución, CNM n1358/92⁵⁴, del Consejo Federal de Medicina, acepta la figura pero no su comercialización, y autoriza a las clínicas y centros de reproducción humana, cuando exista algún problema que impida la gestación, la utilización de la maternidad subrogada pero con una condición de relevancia que la madre subrogada o sustituta sea perteneciente a la familia de la madre biológica, con una relación de

⁵¹ <http://www.vientredealquiler.com/index.php/madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios> (Fecha de consulta 16 de Enero de 2012)

⁵² Diario El Milenio On Line <http://impreso.milenio.com/node/8764925> (Fecha de consulta 16 de Enero de 2012)

⁵³ Vientre de alquiler o maternidad subrogada: legalidad en el mundo <http://www.bebesymas.com/ser-padres/ventre-de-alquiler-o-maternidad-subrogada-legalidad-en-el-mundo> (Fecha de consulta 16 de Enero de 2012)

⁵⁴ . Cano, María Eleonora Breve aproximación entorno a la problemática de la maternidad Subrogada http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm#_ftn7. (Fecha de consulta 16 de Enero de 2012)

parentesco de segundo grado. Y los demás casos se encontraran sujetos a Consejo Nacional de Medicina. El cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio, por lo que el presupuesto de gratuidad va constituir el presupuesto de legalidad.

3. Países en donde se encuentra Prohibido y no se permite ninguna tipo de maternidad subrogada: Austria, Alemania, Noruega, Suecia, Francia, España.

Como se hizo referencia en Estados Unidos de América no todos los estados aceptan la maternidad subrogada como operación comercial y la prohíben en los estados de: Washington, Michigan, Arizona, Nuevo México, Nueva York, Nueva Jersey.

4. Cabe mencionar los países que no regulan la materia como lo es: Argentina, Costa Rica, Inglaterra

3.3.7. Jurisprudencia.

“El caso jurisprudencia más reconocidos y resonantes en materia de maternidad subrogada es el conocido con el nombre de "Baby M"⁵⁵, ocurrido en los Estados Unidos en donde se suscitaron los siguientes hechos : En febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern (Mary Beth Whitehead era la aportadora del óvulo) y mediante dicho contrato se obliga a entregar el niño luego de su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de 10 mil dólares en compensación de los servicios y los gastos. En el mismo contrato Mary B.

⁵⁵ Cfr. ANDORNO, Roberto: Bioética y dignidad de la persona , Madrid, Tecnos, 1998, p.142 y 143, nota 34 citado en la página <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com/2008/08/maternidad-subrogada-francois-chabas.html> (Fecha de Consulta : 16 de Enero de 2012)

Whitehead, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio acordado. En marzo de 1986 la nace una niña (Melisa, del cual deriva el nombre del caso) y se hace la entrega, a los Stern, quienes decidieron confiársela a la Señora Whitehead, "a título provisorio y para su salud moral", dado que manifestaba serios problemas con la entrega de la niña, la cual no podía desprenderse de ella, Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, negándose a la entrega de la niña a los Stern. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, declara legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern pero entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern por ser lo más beneficioso para la niña, entendido que se aplicaba esto en el interés superior de la menor; y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de pasado los diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica (genéticamente compatible) y se le concedió un derecho de visita. (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227)".

Caso: Johnson vs. Calvert.

Existe un caso emblemático también en sucedido en los Estados Unidos de América, resulto por la corte suprema de California, sentó precedentes y es el caso Johnson vs. Calvert⁵⁶ y donde acontecieron los siguientes hechos.

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía a causa de una enfermedad en 1984, en donde se le retiro el útero, pero continuo conservando sus ovarios y estos, siguieron en condiciones de producir óvulos, la pareja deseaba tener un hijo y es por esto que deciden optar por la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert. El 15 de Enero de 1989 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecían la implantación de un embrión (creado por un proceso de Fecundación In vitro en donde el esperma era Mark y el ovulo de Crispina) en el útero de Anna la que actuaría como madre subrogada gestacional, dado que Anna no había realizado su aporte de ovulo, y por lo tanto el nacido no le correspondería genéticamente. En el contrato establecen que nacido el niño/a, sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a "todos sus derechos como madre" respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación Mark y Crispina, iban a pagar a Anna la suma de dólares 10.000 en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de dólares 200.000. El embrión fue entonces implantado el 19/1/90. Las relaciones entre ambas partes se fueron deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que

⁵⁶ <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf> (Fecha de consulta: 16 de Enero de 2012)

había sufrido varios partos en los cuales el niño había nacido muerto y embarazos fracasados.

Anna se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio. En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. El niño nació el 19/9/90. La prueba de sangre en la cual se sometieron excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permaneciera temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna. Se inicia el juicio y luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1a instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el contrato de maternidad sustituta que habían realizado para dicho acto era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Anna interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1a. instancia. La Cámara de Apelaciones confirmó y la Corte Suprema del Estado de California. La Corte entendió que no es contrario al orden "público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:

- Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.

- Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.
- No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducir las a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.
- No considera a los niños mercancías.
- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.
- Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.
- La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la compatibilidad genética sino que es determinada por la intención, expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Mark y Crispina, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la gestación lleva a cabo por Anna fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del embrión, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño.

CAPITULO IV.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

4.1 Entorno a la licitud

El gran problema que presenta el contrato del alquiler de vientre es su licitud, en muchos ordenamientos en los cuales como la Argentina, se contraria con el orden público, por lo que los proyectos presentados para una legalización de esta figura, plantean una prohibición de este tipo de contratos por considerarlo inmoral, contrario al orden público y buenas costumbres sociales.

Encontramos diferentes juristas y doctrinarios quienes opinan que se trataría de un contrato prohibido o nulo y opinan diciendo: Medina y Erades⁵⁷ “el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no vulnere la moral y el orden público, los mismos autores, entienden que lo que es irrenunciable es la patria potestad otorgada anticipadamente por la gestante a la pareja comitente.

En la IV jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989)⁵⁸, también se opusieron a la maternidad subrogada, por considerarla contraria a la moral y al orden público. Gustavo Borsset, considera lícito el contrato por el cual una mujer acepta ser inseminada o que se le implante un embrión, de quién es perteneciente de otra mujer ajena, pero admite dicha solicitud, si dicho contrato es sin intereses económicos (gratuito), y desconoce, todo tipo de acción de los contratantes para reclamar el niño; siendo obligación de quien presta su vientre, como una obligación natural y en consecuencia, no exigible.

En cuanto al tema debe ser considerada esta figura como contraria al orden público, debido a las inseguridades que presenta en torno a la filiación, la cual el estado

⁵⁷ Medina y Erades citado por: José Mallma Soto – Alquiler de vientre y sus conflictos de filiación.
<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf>

⁵⁸ Idem.

deberá manifestarse si hará prevalecer la filiación del lazo biológico o del vínculo naciente en la gestación, cuestión que deberá resolver para determinar o no la licitud de dichas prácticas.

4.2. Efectos jurídicos del Alquiler de Vientre.

El contrato de alquiler de vientre, se trata de un contrato innominado⁵⁹, bilateral y consensual, por se acuerdan las voluntades en dicho instrumento privado⁶⁰ donde se incluye:

1. Las partes quedan identificadas, individualizada y determinada en dicho acto, mediante la suscripción del mismo.
2. Se determinara el tiempo y el lugar donde se practicara la realización de la fecundación in vitro o la inseminación artificial, como así también donde llevara a cabo la mujer la gestación del niño por nacer, y al momento del nacimiento donde se realizara el parto del mismo.
3. Estipulan los derechos y obligaciones de cada parte:
 - La gestadora conviene prestar su útero para llevar adelante la gestación del embrión, y al momento del nacimiento entregar el niño a los contratantes, como así también realizarse todos los exámenes médicos necesarios, en los que puede incluirse la permisión de concurrencia de los contratantes para presenciar por ejemplo las ecografías. En general se estipula una cláusula que determine los cuidados y precauciones de la gestante durante el embarazo, en donde suele comprometerse a no fumar, a no consumir drogas,

⁵⁹ Contratos innominados: son aquellos en los cuales no son objeto de ninguna referencia normativa. Aquellos no tipificados por ley.

⁶⁰ Mallma Soto, José – Op.cit

ni alcohol, ni medicación que no se encuentre bajo prescripción médica, recetada y controlada, al no sometimiento de prácticas arriesgadas. Luego del nacimiento, la gestante se compromete a brindar toda la colaboración necesaria con los contratantes al momento que estos deban realizar la inscripción del niño.

- Los contratantes, como todo no es comercial, los contratantes se obligan a someterse a exámenes médicos, previa a la gestación para proteger la salud de la gestante como la del niño por nacer. Entorno a lo económico se comprometen al pago por los servicios de gestación, como así también se responsabilizan de los gastos que se acarre para el cuidado de la gestación, (alimentos, vestimenta, medicación si es necesario), también se incluye los gastos del parto y suele adicionarse, el deber de abonar un seguro de vida a favor de la gestante. (Así lo estipulan en el estado de California de EEUU), en estas cláusulas se determina la modalidad del pago, en donde se detalla el financiamiento y la moneda con la que se corresponderá el pago. Luego del nacimiento asumen el cuidado y mantención del niño.
- En muchos de los casos investigados, se encuentra referencia de la determinación de determinadas cláusulas, en donde se condiciona que si luego de efectuada la prueba de amniocentesis, se presenten en el feto alguna enfermedad congénita, o genética, se obliga a la gestante a interrumpir la gestación mediante la práctica de un aborto, obviamente si el ordenamiento jurídico del lugar, se encuentra permitido el aborto. También suele incluirse una cláusula sancionatoria y circunstancial en donde si, por culpa o negligencia, la gestante pierde el feto, con este perderá el derecho de percibir la remuneración económica estipulada.

Existe una responsabilidad común entorno a las partes que el deber de confidencialidad que ambas partes deberán respetar de no publicar información unos de

los otros, salvo estipulación en contrario y donde no sea fundamental mantener el secreto, siempre respetando a la otra parte, dado que puede suceder y los hay de público conocimiento en medios gráficos, radiales y televisivos salen parejas presentando a sus hijos fruto de un vientre subrogado, pero respetando la privacidad e intimidad de la subrogada.

El rol del abogado⁶¹ en estos contratos es de suma importancia, donde se debe proteger e informar de manera detallada, a ambas partes tanto en torno a las responsabilidades de la gestante como de los contratantes, en donde el asesoramiento previo es de fundamental importancia para evitar caer en falsas expectativas, en abusos fundamentalmente en el cuidado, atención y en torno a todo el conocimiento que debe adquirir la gestante previamente a la estipulación del acuerdo, para que su decisión sea tomada de manera responsable, con el asesoramiento necesario, en post de evitar arrepentimientos, como así también fraudes en donde, al momento de la estipulación del contrato se abarque de manera detallada y precisa las responsabilidades, los derechos y obligaciones de las partes, y que en lo posible no quede margen a las malas interpretaciones de las cláusulas mediante las cuales se regirán evitando los errores de los consentimientos prestados. Los abogados deberán encontrarse actualizados e informados para brindarles a las partes el conocimiento de las nuevas leyes y procedimientos judiciales que llevarán a cabo. Son los abogados intervinientes quienes se encargaran una vez establecido el embarazo, obtener la resolución judicial para marcar las directivas a la clínica o instituto donde alumbrara la gestante para que mediante resolución judicial se determine que a los padres contratantes serán determinados como padres legales del niño nacido, el cual deberá ser inscripto con el

⁶¹ Building Families Inc. <http://www.buildingfamiliesinc.com/necesito-una-madre-subrogada/abogados/> (Fecha de consulta 13 de Enero de 2012)

apellido de esto al momento de la realización de la partida de nacimiento, como así también que serán ellos los encargados del niño y a quienes se le otorga la patria potestad del mismo.

4.3 Responsabilidad Civil:

Consiste en la obligación de reparar un daño ocasionado, a consecuencia de un obrar culposo, negligente o doloso. El ordenamiento civil Argentino en esta idea de reparación acude a la posibilidad de restituir las cosas al estado anterior, y en caso de que dicha restitución no sea posible, la obligación de indemnización los daños causados y los perjuicios provocados, por causa de un obrar culposo o negligente provocados por uno mismo o por tercero que deba responderse.

En la argentina cualquier demanda entablada por responsabilidad en un contrato de maternidad subrogada, no podría prosperar debido a la falta de regulación existente, para recurrir a la reclamación de algún tipo de incumplimiento en dichos contratos, muchos de los doctrinario propician la invalidez de estos, invocando el articulo 953 C.C.

4.3.1 Responsabilidad de la Gestante.

La mujer gestante, como se dijo carga con una serie de deberes para con el niño gestado, en los que mencionamos como principal el de permitir la implantación del embrión, existiendo la posibilidad en que previo a la implantación del embrión o inseminación artificial la mujer pueda mediar arrepentimiento a dicha situación y

negarse a continuar con el acuerdo firmado, sin recaerle responsabilidad alguna. Los deberes que asume luego de la implantación o inseminación son los de: llevar una vida saludable, exenta de vicios que ayudaran al desarrollo saludable del embrión, permitir someterse a todos los exámenes médicos que se precise, hacer entrega del niño a los contratantes.

Respecto a todo lo planteado cabe preguntarse qué responsabilidad recae si no cumple con estos deberes o si luego del nacimiento se negare a la entrega del niño. Al decir de Sambrizzi⁶² : para determinar la existencia o no de responsabilidad por parte de la madre *gestante por su negativa posterior al convenio –antes o después de nacido el niño– a entregarlo, resulta determinantes las normas legales que rijan al respecto. Si las mismas aceptan como válida la maternidad subrogada, la gestante debe entregar al hijo. Pero si no fuera así, resulta decisiva la solución que se admita con relación a la determinación de la maternidad: si según ella, quienes encargaron la gestación y aportan los gametos tienen, por esta última razón, un derecho preferente por sobre el de la gestante, considerándoselos en virtud de ello como los padres del nacido, quien gesto al niño deberá entregarlo a los requirentes y resarcirlos por los daños materiales y morales que su negativa les hubiere producido; si, en cambio, se da preferencia a la madre gestante, esta no estará obligada a entregar al niño, ni tampoco a resarcir al matrimonio que encargo la gestación por los gastos en los que estos hubieran incurrido con motivo del convenio efectuado, lo que en ese supuesto sería así debido a la prohibición del convenio circunstancia que los inhibe para efectuar un reclamo de esa naturaleza”.*

⁶² Citado en: Maternidad subrogada. Concepto de Maternidad subrogada.
<http://www.calp.org.ar/uploads/972124607f5afeaeb4953776dd096ac4.pdf> (Fecha de consulta 18 de Enero de 2012)

Ante el cumplimiento del contrato y dejando de lado si nos encontramos con un contrato nulo, se debe resolver en interés del menor

En nuestro derecho se contempla en el Art. 1052 C.C. que en virtud del cual la anulación del acto, se obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. Por lo que se entiende y según el derecho que la madre gestante incumplidora del contrato, deberá hacer devolución de todo lo recibido en virtud del contrato celebrado devenido en nulo. Solución que no creemos apropiada, y que vulnera los derechos de los contratantes, que estipularon una cláusula de cumplimiento y en el que la gestadora se obligaba a la entrega del niño que luego, mediando arrepentimiento de su parte y haciendo abuso de una falta de legislación, aprovecha dicha situación para quedarse con el niño gestado, nuestra posición es a favor de los contratantes, en el caso de que ellos sean los que aportaron el embrión y al cual le pertenezcan genéticamente, por lo que podrán recurrir a la acción de incumplimiento, y solicitar además del cumplimiento efectivo del contrato, todos los daños y perjuicios ocasionados en virtud del contrato suscripto.

4.3.2 Responsabilidad de los donantes

Como ya se hizo referencia una de las obligaciones principales de los donantes, (también por algunos llamados concomitantes o contratante) es la de pagar la suma de dinero estipulada a favor de la gestante por el hecho de haber anidado en su vientre al niño nacido y haberle otorgado los cuidados correspondiente, conducta de esta que era debida y a la cual se había comprometido en el contrato suscripto. Pero cabe advertir que puede presentarse la hipótesis en donde a la hora de pagar la suma final (generalmente se realiza una financiación en cuotas partes), los donantes se negaren a

realizar dicha entrega, por lo cual entendemos de que podrá la gestante reclamar, con la presentación del contrato suscripto y siempre que con antelación haya sido aceptado mediante orden judicial la realización de dicho contrato como así también que la gestante haya sido cumplidora de sus obligaciones y deberes (cuidado y custodia del niño gestado), dado que si ella no ha cumplido con su deber de cuidado y custodia podría revertirse la situación y ser los donantes los que demanden por incumplimiento y podrán estos reclamar daños y perjuicios, como se dijo anteriormente.

En la Argentina una demanda por un contrato de maternidad subrogada, no prosperaría en virtud del artículo 973 C.C que imposibilita negociar sobre el estado de familia de las personas, con prescindencia de todos aquellos negocios celebrados entre particulares.

4.4 Resarcimientos y Daños

La jurista Graciela Medina, nos dice que con las prácticas de reproducción humana asistida, pueden originarse numerosos daños y los cita haciendo referencia a las siguientes hipótesis:

“ La manipulación genética con el objeto de seleccionar ciertos rasgos de la prole; la realización de prácticas eugenésicas, los derivados de la clonación de la ontogénesis, de la selección de sexo, los daños genéticos y por transmisión de enfermedades al concebido, las cuestiones atinentes a la determinación de la filiación en los supuesto de inseminación heteróloga, los planteos referidos a la maternidad

subrogada, la dación de gametos y su anonimato, el congelamiento y la destrucción de embriones, los límites y licitud de recurrir a tales métodos entre otras.”⁶³

A modo de realizar una breve aproximación a la problemática, haremos referencia solo a aquellos que pueden derivarse de la maternidad subrogada.

Al no encontrarse un marco legislativo en que se encuadre dichas prácticas, hace a que la actividad quede en un marco de libertad casi absoluto, no solo para los que recurren a la utilización de dichas técnicas, sino que también para aquellos involucrados a la aplicación de las mismas. Dejándolo liberado a los imperativos de la conciencia individual tanto de los individuos como a la de los profesionales.

El daño a la salud, es uno de los diversos derechos que pueden ser vulnerados en las prácticas de fecundación humana asistida. Es el derecho a la salud y a la integridad física, que se encuentra contemplado en el orden nacional, estipulado en la Carta Magna Argentina y en los diversos Tratados Internacionales, que en virtud del artículo 75 inc. 22 C.N se les ha otorgado jerarquía constitucional. Por el cual Zannoni⁶⁴ se pronuncia diciendo que “sería irrazonable el empleo de técnicas de fertilización asistida con absoluta libertad, sin controles ni prevenciones, de modo que prevaleciera, un derecho a procrear sin atender los intereses de la salud del futuro hijo, que no viene a este mundo como consecuencia de la libertad sexual de sus padres sino de un acto médico que pudo y se debió evitar”.

Según el criterio que se adopte, podría el nacido entablar un reclamo ante cualquiera de los sujetos intervinientes en la fecundación asistida, aunque entendemos,

⁶³ Medina, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Sta. Fe. 2002 Pág. 264 – 265. Editorial Rubinzal – Culzoni

⁶⁴ Citado *Ibíd.* p. 371

debería realizarse el reclamo a los profesionales involucrados en ellas, por su deber de evaluación y examen, que debieran realizar antes de iniciar la implantación o fecundación, con el cual correría con la responsabilidad los centros o clínicas que llevan adelante estas prácticas. Con la sola excepción de que los profesionales, hayan advertido a los padres la deficiencia presentada, y estos por su sola obstinación hayan autorizado la prosecución del ejercicio de fecundación e implantación, dicha situación desvincularía de responsabilidad a los profesionales, y al nacido le correspondería accionar contra sus progenitores.

En torno a los dadores anónimos, entendemos que existe una incapacidad de donación por parte de aquellos que posean enfermedades genéticas, transmisibles hereditariamente y/o enfermedades infecciosas. Por lo que se juzgamos indiscutible la responsabilidad de los donantes que haya ocultado información tendiente a determinar los riesgos de transmisión de ciertas enfermedades, o taras hereditarias o adquiridas, resulta aplicable el principio de no dañar a nadie. Por lo tanto corresponde atribuirle responsabilidad civil, a los involucrados en estas prácticas, cuando sea resultado de una conducta dolosa o culposa de los dadores de gametos. Y eventualmente dicha atribución de responsabilidad podrá recaer sobre los profesionales intervinientes como así también en los centros médicos o clínicas especializadas en estas técnicas.

La maternidad por subrogación, también plantea cuestionamiento en torno a la responsabilidad civil frente al gestado en un vientre de una madre sustituta. Como ya se hizo referencia, la maternidad subrogada, no implica una gestación en la que el embrión tenga una conexión genética con la mujer gestante, por el cual no cabría la posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias, pero sí la posibilidad de existencia de un daño a la salud atribuible a su obrar doloso o culposo de una conducta

viciosa, malsana o negligente y que enfermedad o daño congénito sea atribuible a ese obrar, es aquí en donde la madre sustituta deberá responder civilmente, tanto frente al nacido, como hacia los progenitores por los daños ocasionados a título personal. Entendemos que antes de realizar cualquier acuerdo de esta índole, se debería proceder a la realización exámenes físicos, con el objetivo de detectar cualquier enfermedad o insuficiencia que podría afectar al por nacer, como así también debería implantarse de manera obligatoria una declaración por parte de la gestante de manifestar mediante escrito y bajo firma los antecedentes de salud de índole familiar, como así también los personales y así junto con los exámenes a los que se someten determinar el buen estado de salud que deberá gozar la gestante. En caso de incurrir en alguna omisión en el cuestionamiento de dicha ficha o en los exámenes realizados por los profesionales de la medicina que determinen la aptitud o no de llevar adelante sin riesgo para la salud (del gestante como así también de la gestante), el embarazo traerá aparejado la atribución de responsabilidad sobre los profesionales e instituciones intervinientes. Al igual que el donante la omisión o falsedad de los datos suministrados por la gestante no la excusara de responsabilidad que hasta debiera ser agravada, en el caso de la falsedad, dado a la magnitud e importancia de los bienes protegidos el por nacer.

Por lo que corresponde atribuirle responsabilidad a la gestante por los daños ocasionados durante la gestación por su obrar doloso, culposo o negligente en el cuidado y su deber del no uso de estupefacientes, alcohol, medicación no prescripta, como así también la realización de actividades riesgosas, daños prenatales o la transmisión de enfermedades durante la gestación como HIV, sífilis etc.

Las instituciones en donde realizan las técnicas de fecundación humana asistida, los profesionales y asistentes médicos que brindan la atención y realizan dichas

prácticas, tienen el deber de arbitrar los medios necesarios para evitar todos los trastornos relacionados a los problemas de salud, a los riesgos creado en la transmisión de enfermedades, debiendo principalmente analizar y seleccionar el material genético a utilizar. La falta o el defectuoso análisis sobre estas pruebas, harán recaer en responsabilidad y en el deber de resarcir los daños ocasionados al nacido.

Ante el nacimiento de un hijo procreado artificialmente, pueden surgir responsabilidades a consecuencia de defectos originarios, o defectos sobrevinientes como consecuencia del mal empleo, mala calidad del material genético, o deficiencia generadas, por el mal empleo de los gametos o del pre embrión⁶⁵

⁶⁵ Graciela Medina. Op.cit. p. 380-381.

CAPITULO V.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN

RELACIÓN A LOS AVANCES

CIENTÍFICOS.

5. Introducción.

El avance de la ciencia y la tecnología ha llegado a lugares inimaginables, junto al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, se ha logrado superar las limitaciones a las que muchas parejas se encuentran sufriendo de infertilidad o esterilidad, y debido a esto se encuentran imposibilitados de lograr la concreción del sueño de tener el hijo propio, y esto es posible en la actualidad con la gestación por otro, en donde dos mujeres mediante acuerdo previo en donde la gestante acepta la implantación de un embrión ajeno, para lograr su desarrollo y luego del alumbramiento hacer entrega del niño nacido a los padres genéticos o también podría llamarse biológico.

En la República Argentina, la maternidad subrogada no se encuentra legislada; la legislación vigente establece que la maternidad se encuentra determinada por el parto y no contempla otras situaciones, de hecho si en nuestro país se realizaran dichas prácticas, la gestante será considerada la madre del niño nacido, más allá de que el embrión sea consecuencia de una fecundación in vitro extracorpórea, situación que entendemos equivocada, en donde debería prevalecer dos cuestiones, la primera creemos que la correspondencia genética es fundamental para establecer la filiación, y la segunda cuestión de no menor importancia, es la voluntad de ser madre del niño por nacer .

5.1. Filiación

La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos⁶⁶

El C.C, antiguamente realizaba, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y entre estos últimos se distinguían los:

Naturales: Eran los hijos nacidos, fuera del matrimonio, por mujer soltera o viuda con padre soltero o viudo; que al tiempo de la concepción los padres podían casarse, aunque sea con dispensa. Y de casarse con el padre, legitima la prole y legalmente a su vez, serían hijos legítimos.

Adulterinos: Eran los hijos de padres que al momento, de la concepción no podían casarse, dado que la mujer era soltera o viuda que tenía hijo con hombre casado o mujer casada que daba a luz de quien no era su marido. Existe un impedimento de Ligamen⁶⁷.

Incestuosos: Eran los hijos, nacidos de padres, que no podían casarse por tener impedimentos de parentesco, en línea recta y de hermanos, no dispensable por el derecho canónico.

Sacrílegos: Eran los hijos nacidos de padre clérigo de ordenes mayores o de persona, padre o madre ligada a orden religiosa aprobada por la iglesia con votos de castidad.

⁶⁶ Borsset, Gustavo y Zanoni, Eduardo. Op.cit. p. 439.

⁶⁷ Belluscio, Augusto Cesar- Manual de Derecho de Familia – T.II Bs. As. 2004 Pág. 277 - Edit. Astrea.

Nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 240 del C.C (texto según ley 23.264):
"La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código"

La filiación por naturaleza⁶⁸, que establece el C.C presupone un nexo biológico entre padres e hijos, por lo tanto la determinación de filiación en estos casos es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

Los modos de determinar la filiación son los siguientes:

a) Legal: Cuando es la propia ley, que en base a ciertos supuestos de hechos, la establece.

b) Voluntaria: cuando proviene del reconocimiento expreso o tácito del hijo por parte de los progenitores

c) Judicial: Para que esta acontezca es necesaria la sentencia que haga declaración de la paternidad o maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas para el establecimiento del nexo biológico.

Belluscio⁶⁹; define a la filiación como: "El vínculo jurídico que une a la persona con sus progenitores. Así mismo describe que existen tres clases de filiación: Matrimonial; Extra matrimonial y Adoptiva.

1) Matrimonial: Esta tiene su origen en el matrimonio, es decir, la que corresponde a los hijos de personas unidas entre sí, por el vínculo matrimonial.

⁶⁸ Borsset, Gustavo y Zanonni Eduardo. Op.cit. p.441.

⁶⁹ Belluscio, Augusto Cesar- Op.cit. p. 245

2) Extramatrimonial: La que corresponde a los hijos de personas, no unidas entre sí, por el vínculo de matrimonio

3) Adoptiva: Es la que no corresponde a la realidad biológica, sino a un vínculo paterno – filial, creado por el derecho. Este tipo de filiación a su vez puede ser plena o simple, según extinga o no el vínculo biológico respectivamente. Al decir de Borda⁷⁰; *esta categoría no se funda en la generación natural, sino en una situación creada por el amor y la convivencia. Cuando una persona cuida de un menor dándole trato de hijo y asumiendo todos los deberes y derechos de padre, la ley acude en ayuda de ambos y les reconoce jurídicamente ese carácter.*

La prueba de la filiación⁷¹ matrimonial se probará con la inscripción del nacimiento y el certificado de matrimonio de los padres en el Registro Civil o en su defecto con la sentencia que establece el vínculo de filiación en los casos de desconocimiento. Y la filiación extramatrimonial será preciso el reconocimiento por parte del progenitor practicado en el Registro Civil o por sentencia dictada en juicio de filiación.

La reforma introducida al C.C. en el año 2010 mediante la ley N°26.618, en donde se establece la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo (homosexuales) y modificando todos los artículos en donde se hiciera alguna referencia a los géneros. Encontramos que cuando se trata de la inscripción de los hijos de matrimonios de igual sexo, se realizara la inscripción del niño con el nombre y apellido de la madre y su cónyuge. Dato más que significativo, porque de tratarse de un matrimonio compuesto por dos mujeres, se estaría admitiendo implícitamente la

⁷⁰ Borda, Guillermo. Op.cit. p. 10

⁷¹ Borsset, Gustavo y Zanonni Eduardo. Op.cit. p.441.

aceptación de la donación de semen, y por otro lado es evidente la ausencia de previsión para el caso que el matrimonio sea constituido por dos hombres, los cuales nos lleva a determinar que se descarta para esta pareja igualitaria masculina, la figura de la maternidad subrogada, no pudiendo de otra manera concebir un hijo.

La omisión de regular legislativamente la inscripción de hijos propios, nacidos en el matrimonio igualitario masculino, creemos que se debió a no querer discutirse la admisión de la figura de la maternidad subrogada.

Méndez Costa⁷²: Hace referencia sobre el derecho de familia contemporáneo, el cual presenta tres núcleos, ellos son: la igualdad jurídica de los cónyuges, la aproximación hasta casi la equiparación en el status jurídico de todos los hijos y la aplicación de aquella igualdad en el ejercicio de la autoridad de los progenitores y la atención de la descendencia. El movimiento innovador ha sido universal y relativamente coincidente en los resultados, aunque tal vez obedeciendo a factores sociológicos e ideológicos diferentes.

En el plano internacional⁷³, se proclama la unidad de la filiación, de manera expresa en:

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, apartado 2 del artículo 45 establece; *“Todos los niño, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen derecho de igual protección social”*.

⁷² Méndez Costa, Ma. José – Filiación – Bs. As - 1986- pág. 18 - Edit. Rundizal-Culzoni

⁷³ Ídem. p.40

La Declaración Universal de los Derechos del Niño Aprobada también por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1959, establece en su primer principio que no se admiten excepciones, distinciones o discriminaciones por motivo de nacimiento u otra condición.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica de 1969, dispone en su artículo 5: *-La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".*

Como vemos, entre todas las distinciones y clasificaciones, no se ha introducido, los del hijo nacido de la fecundación extracorpórea, donde hay ausencia de filiación; existiendo, solo una situación circunstancial y necesaria para dar a luz un niño, en dónde; la mujer gestante, aporta su útero, para lograr desarrollar el embrión, y luego; llegada a término la gestación mediante el alumbramiento del niño, entregarlo a los padres biológicos, del nacido. La relación paterno filial y materno filial no es con la gestante; sino con aquellos (padres), que entregaron a la mujer, el embrión, para gestar el niño en cuestión. Méndez Costa⁷⁴ nos dice; hijo es del varón que lo engendro y de la mujer que lo engendro mediante la fecundación de su óvulo. La ley debe legislar asegurando la verdad biológica.

Es por la vinculación genética existente con los progenitores que no cabría posibilidad, de mediar adopción en esta situación, dado que con solo la impugnación de

⁷⁴ Méndez Costa, Ma. José. Op.cit. p.206

maternidad de la gestante con las pruebas genéticas que determinen que el niño es genéticamente compatible con la pareja concomitante, se refutaría cualquier otra institución como lo es la adopción y con ello también se servirían de prueba para cualquier reclamo que pudiera efectuar la gestante.

Correspondería otorgar en adopción al nacido, en los casos en que la gestante haya hecho aporte del ovulo fecundado, con el marido de la otra mujer, en cuyo caso si existe la presencia de filiación entre la gestante, el marido y el niño nacido, y no existiría vinculación con respecto a la otra mujer. Pero como ya hemos hecho referencia esta figura no se encuadra dentro la maternidad subrogada, sino que la madre gestante y biológica del niño, cede en custodia al padre y podría corresponderle la adopción con respecto a la esposa del padre, si la renunciare a ejercer los derechos de maternidad.

5.2. Procreación.

[...Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de subrogación, un negocio floreciente en los Estados Unidos, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho a la privacidad, de acuerdo con la Constitución norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del

*Estado, a menos que éste (el Estado), demuestre la existencia de un interés superior que justifique su acción...]*⁷⁵

Los defensores de la maternidad subrogada consideran un derecho individual el hecho de procrear o decidir no hacerlo, poniendo especial énfasis que es una determinación de la mujer, de llevar a cabo dicha decisión, que a su vez puede o no ser una decisión conjunta de la pareja, pero no se oponen entorno a la mujer soltera que lleve a cabo dichas prácticas de fecundación asistida para obtener descendencia de su parte, aunque para ello se hace necesario, la donación de esperma; hay corrientes que opinan que el niño no necesariamente precisa de un padre y una madre, sino que lo óptimo para él, es el encontrarse con un ámbito afectuoso.

5.3. Mercantilización

El derecho genético según Varsi⁷⁶, es multidisciplinario. Una amplia visión socioeconómica de la genética refleja diversos temas como; la comercialización de embriones, el alquiler de vientres, la venta de órganos, las patentes genéticas, y otros negocios, que de una u otra manera, involucran y afectan la estructura somática del ser humano y el futuro de la especie humana. Todas estas prácticas suelen traducirse en mecanismo de contratación, en los cuales se adjudica una valoración económica, a lo que por definición y por esencia, se encuentra fuera del tráfico patrimonial.

⁷⁵ Lic. Arámbula Reyes, Alma. Op.cit.

⁷⁶ Enrique Varsi. Derecho Genético. Principios Generales Capítulo II. Fuente, Estructura, y Fundamento del derecho genético. <http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap2> (Fecha de consulta 18 de Enero de 2012)

La doctora en filosofía; Diana Cohen Agrest⁷⁷; nos dice: “En la maternidad sustituta comercial, la gestadora es usada por los padres sociales como una simple incubadora, una mercancía de intercambio reconocida por su función de gestación, lo que vuelve a esta práctica deshumanizante e inmoral. En el otro polo de la relación materno-filial, la compensación económica hace del alquiler de vientre una venta de niños, modalidad condenada y proscripta por generaciones”.

En la Argentina, las contrataciones de alquiler de vientre, no se encuentran legisladas, pero hemos podido observar y han sido mediáticamente conocido, en la Ciudad de Córdoba, en el diario la Voz del Interior, el día, lunes 30 de julio del 2007⁷⁸. “se ofrece en alquiler su vientre para poder mantener sus hijos. Tiene 27 años y es madre de 4 chicos. El mismo aviso no solo denota, de que estamos hablando de una persona con urgentes necesidades, económicas por lo que, acepta ser sometida, a esta condición, para la obtención desesperada de dinero. Si buscamos avisos publicitarios, tanto en los periódicos de mayor circulación, como en páginas de internet, y hasta se encuentran blogs, como por ejemplo el blog diario, vientre de alquiler 27⁷⁹ el cual está destinado a la publicación de avisos, donde se realizan ofertas de alquiler de vientre, y las mujeres que se ofrecen para llevar a cabo dicha práctica, describen la edad, dicen poseer útero sano, estado civil, y si han tenido o no hijos y de haber tenido, aclaran de que han nacido saludables, también encontramos algunos avisos que son más atrevidos, describiendo cualidades físicas, como el ser rubia, blanca, delgada , etc.

⁷⁷ Cohen Agrest, Diana. ¿Qué piensan los que no piensan como yo?- Editorial Debate.2008
<http://www.intramed.net/UserFiles/archivos/Qu%C3%A9%20piensan%20los%20que%20no%20piensan%20como%20nosotros.pdf> (Fecha de consulta 18 de Enero 2012)

⁷⁸ http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf (Fecha de consulta 18 de Enero de 2012)

⁷⁹ <http://vientredealquiler27.blogdiario.com/> (Fecha de consulta 16 de Febrero de 2012)

En la mayoría de la Población, estos tipos de avisos provocan diversas reacciones, aunque visualizamos que en el común de la población, generalmente suele rechazar este tipo de prácticas, muchas de ellas por desconocimiento del tema, otras por considerarlo inmoral o contrario a las buenas costumbres. Pero encontramos también que ante programas televisivos, donde se muestran a famosos, que han recurrido a estas técnicas, y para llevarlas a cabo han viajado para realizarlas en los EEUU; país que en algunos estados perteneciente al mismo, se encuentra regulado y permitido, y ante estas situaciones, la mayoría de la gente lo ve como algo impresionante, se vislumbra ante el poder de traer vida, el lograr un sueño, y no hay tanta disconformidad respecto a estas, por lo cual parece contradictorio. En la Argentina, nos encontramos en una transición respecto de estas modificaciones, y en la gran novedad que presentan algunas figuras jurídicas o instituciones, en donde la gente apela por los derechos de igualdad, los derechos a no discriminación, y lo vemos en el matrimonio igualitario, y no estamos muy lejos de lograr entender y aplicar, la figura de la maternidad subrogada, la misma requiere de un tratamiento casi, urgente para ser legislado y logran una regulación, atendiendo a los derechos del niño, y a la protección de la familia.

5.4. El Debate entre lo Público, Privado y la Iglesia

El debate hace algunos años que está instalado en la Argentina, en donde socialmente existe en gran parte un significativo desconocimiento, entre las noticias difundidas encontramos parejas heterosexuales, como aquellas homosexuales en que han adoptado la decisión de recurrir a esta alternativa para la concreción de armar una familia, para ello han viajado hacia los Estados Unidos de América para la realización

de dicha práctica, el común denominador es que las parejas que han accedido a la obtención de un niño mediante la maternidad subrogada, han sido gente con grandes posibilidades económicas, y es esto una de las cosas cuestionables, debido a la no universalización de este derecho a ser padres, o derecho a la familia, como así también el derecho a tener un hijo propio .

En el desarrollo de esta investigación encontramos posturas⁸⁰ en donde se estipula que los contrato de maternidad subrogada, debe ser prohibido por el estado, por tratarse de una práctica que contraria el orden público y la moral, y es con la intervención del estado que mediante la regularización de esta figura se debería sancionar para evitar su realización .

Los países que asienten este tipo de prácticas lo establecen como un contrato del ámbito privado, donde es la voluntad de las partes los que determinan su libertad en el ejercicio o no de dicha posibilidad, dejando al libre albedrío de las personas, y lo consideran un derecho personalísimo, correspondiente a su derecho de libertad e intimidad de las personas.

Creemos que una pareja puede o no querer traer hijos al mundo, esto importa en cuanto a su intimidad y al derecho de libertad que lo precede, en el cuales el estado no debe intervenir en la decisión tomada, pero cuando esta libertad de procreación o no, se encuentra afectada en una imposibilidad física de algunos de los miembros, y a estos, los lleva a acudir a los centros de reproducción asistida, que brindan ayuda para los casos de esterilidad o infertilidad de las parejas, por lo que la decisión de procreación no solo es adoptada por la pareja sino que requiere la intervención de terceros que

⁸⁰ Rivera, Julio Cesar. Op.cit. p.387

pueden ser médicos, donantes, mujeres que prestan su útero para la gestación, en la cual ya importa la conciencia en la determinación, de adoptar un método no natural de procreación, lo cual trasciende el ámbito íntimo y privado debido a estas intervenciones de tercero, por los cuales el estado requiere de una intervención, en función de protección de las partes y fundamentalmente del niño, cuando estén justificadas por quienes pretenden utilizarla y no causen transgresiones a los derechos del niño.

En torno a la posición de la Iglesia, se opone a todo tipo de estas prácticas de reproducción humana artificial, aceptando solo la fecundación natural dentro de la unión del matrimonio, entendiendo al niño como un don divino, producto de un acto de amor entre los esposos.

CAPITULO VI

PROBLEMÁTICA DE LA CIENCIA

Y

EL DERECHO

6.1 Falta de regulación Jurídica.

La regulación se torna con el correr del tiempo necesario, buscando la nulidad o prohibición, de este tipo de contratos, creemos que no se soluciona la situación conflictiva de raíz, resultando ineficaz, y la cual se puede acceder viajando hacia los países donde se encuentra permitido y realizarlo sin más, dado la seguridades brindadas ante la confección de contratos que regulan detalladamente cada uno de los derechos y obligaciones de las partes. Habría que encauzar una legislación que como antes he señalado acompañe a la ciencia y a la voluntades individuales a tomar con responsabilidad la maternidad y paternidad correspondientes, en un marco legislativo ordenado y limitado para la realización de dichas prácticas, con la finalidad del interés superior del menor, compartimos las posiciones en donde determinan la no comercialización del útero o del niño, pero entendemos que la función del derecho es acompañar los cambios de conducta, para no dejar librado al azar, circunstancias que son una realidad, y se encuentra subsumida en el marco de la economía, donde lleva ambas partes generalmente por necesidades reciprocas, a conductas lucrativas, y en el que se corre riesgo sin un marco regulatorio; a fraudes, estafas y hasta un mercado negro de ventas de niños, o de una gran cantidad de servicios prestados por parte de una mujer por optar de hacer esto una práctica comercial recurrente, sin tomar en cuenta su salud e integridad física.

Es por ello que se hace necesario delimitar dichas conductas, en interés de la dignidad humana, del derecho a la salud, y la institución de la familia, y lo que hace fundamental la regulación de estatuir un ordenamiento donde se le otorgue al embrión un marco de protección, sobre el derecho a desarrollarse de manera sana y digna, y de

manera natural, al tiempo de la fecundación, y no sucinte casos que el embrión fecundado nazca 50, 60 o más años después.

6.2 Crisis en su reconocimiento.

Reconocer la figura de maternidad subrogada, implica para el derecho rasgos distintivo de la materia de filiación, que se encuadra en un marco conservador y tradicionalista. Que el derecho no imparta una posición respecto del tema es grave, porque como ya he dicho no se soluciona nada con la nulidad absoluta de los contratos de maternidad subrogada, el derecho tiene el deber y la obligación de regular lo que es hoy una realidad, que se encuentra entre nosotros, regular las voluntades y en especial otorgarle una garantía jurídica al embrión que precisa del amparo jurídico brindándole el derecho de un desarrollo digno, su derecho a la vida, a conocer sus orígenes, velar por el bien supremo del niño establecido en los ordenamientos internacionales, los cuales la Argentina ha reconocido y ratificado otorgándole fuerza vinculante y equiparando estos con igual rango que la Constitución Nacional. Es darle el marco jurídico idóneo, debido a la similitud con figuras ya existentes, como ya he marcado respecto del concebido y el embrión, y en caso de optar por la donación de gametos masculinos y femeninos, y aunque produce muchas veces un rechazo social, tratar de entender que no existe casi diferencia alguna entre adquirir un embrión producto de la donación, que la de adoptar un niño del cual tampoco será hijo natural. Se estima que en la Argentina hay alrededor de 20 mil embriones congelados⁸¹, de parejas que se sometieron a una súper - ovulación

⁸¹ Publicación (N° 131) del Colegio de Abogados de la Prov. De Bs As. Jornadas de Procreación asistida <http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=170> (Fecha de consulta 18 de Enero de 2012)

6.3 Los problemas que traen aparejados

Como ya se expresó alguna breve aproximación sobre el tema, los temas más importantes y de necesaria regulación están vinculados en torno al embrión, al niño nacido y de la madre.

En torno al embrión encontramos que existe una desprotección total, desde que no se encuentra regulado el comienzo de la vida del embrión, como así tampoco su personalidad jurídica, su regulación en torno a su derecho a la vida, a un desarrollo digno, en tiempo y de forma natural.

En cuanto a los derechos del niño por nacer, ya se hizo referencia de manera detallada, en cuanto a la regulación existente en la Convención de los derechos del niño, donde se estipula el derecho a la vida, el derecho a la identidad, a la familia, como los más significativos y referente al tema.

La problemática entorno a la maternidad, es lo más discutido, muchas veces por sobre los del embrión y del niño, los cuales no son menos importantes, pero socialmente adquiere mayor relevancia el tema de la maternidad, en donde debiera el derecho acompañar a la madre en la decisión adopta y brindarle a las dos mujeres involucradas (madre gestante y madre contratante) la protección de encontrarse amparada dicha práctica, libre de prejuicios y abocada a determina cuáles son los limites, los derechos y obligaciones de cada una de ellas, brindándoles seguridad jurídica, y el adoptar una posición doctrinaria conveniente para determinar la filiación materna, si adoptara el hecho del parto; la correspondencia genética o la voluntad

procreativa de la mujer, aquella que tuvo la intención de ser madre, la voluntad de criar un hijo impartándole además de una adecuada educación, contención y cariño.

6.4 La superación de la Regla: “MATER SEMPER CERTA EST”.

Años atrás este principio de certeza de la maternidad, era inmutable en donde no era pensado que la ciencia lograra a través de la inseminación artificial o fecundación in vitro, otorgara la posibilidad que la madre de gestación no se correspondiera con la madre genética o biológica, la maternidad existente era una sola, y era determinada por el parto y el alumbramiento, sin posibilidad de alguna otra prueba que refutara dicha filiación.

En la actualidad, y desde 1975 hay otras formas de maternidad, mediante las cuales ya no existe la certeza de que la mujer que alumbró a un niño sea la madre que genéticamente se corresponda, es entonces que el derecho deberá dilucidar, en base a que se determinara la filiación con esa madre, si contemplará solo el aspecto biológico o genético, o recurrirá a la voluntad procreacional que tuvo en mira la mujer que quiso tener un hijo, y que por impedimentos físicos no llevó a cabo la gestación en su cuerpo, pero que mediante la maternidad subrogada, y con la realización de un contrato con otra mujer que acepta mediante acuerdo previo, gestar el niño mediante la implantación del embrión. Arduo trabajo le resta al derecho, que es determinar en estos casos en donde mediante acuerdo se lleva adelante una gestación por cuenta de otro, a cuál de las dos mujeres es considerada madre del niño, si la mujer que aporta su cuerpo mediante la gestación en su útero de la persona por nacer o será la que aporta el óvulo para ser fecundado en el cuerpo de otra, ante la imposibilidad de gestar en su propio

cuerpo al niño y el cual tanto desea para convertirse en madre; entonces surge el interrogante, en que aspecto se sentaran las bases para la determinación. Ya no solo importa la filiación biológica sino que adquiere suma importancia aquella maternidad voluntaria en donde la mujer se dedica, al niño sin importar si es un hijo natural o concebido de manera artificial.

CONCLUSIÓN

Es notoria la necesidad que en la República Argentina, de una regulación jurídica respecto de todas las técnicas de reproducción asistida, y en cuanto al tema que hemos desarrollado de maternidad subrogada, posibilidad que hoy ha brindado la ciencia, cuya practicas están destinada a la concepción de un ser humano, dicha materia no presenta ningún marco legal, en donde ni siquiera nuestro régimen jurídico ampara al embrión que se encuentre fuera del vientre materno y que al no encontrarse regulado se hace usos y abusos, en las manipulaciones con fines científicos, sometiénolos a situaciones aberrantes, y perdiendo de vista sus derecho, a los cuales el estado debe garantizar su derecho a desarrollarse, su derecho a la vida, por tratarse de un ser, un germen de vida y a los cuales lleva a muchos a considerarlo cosas, y por ello comercializable, es por todo esto que se torna necesario establecer que es el pre - embrión, que posición jurídica le corresponde y cuáles son sus derechos.

Un marco jurídico para la maternidad subrogada, es poder establecer las finalidades que lleva implícita, el cual entendemos como fundamental la protección de la institución de la familia, y junto con ello resguardar el derecho a la vida, determinar cuáles son los requisitos para la realización de dichas prácticas, brindando así seguridad para los contratantes, en donde se les brinde la posibilidad de una realización segura y confiable, donde el derecho pueda prevenir la comercialización, creemos que debería aceptarse la realización de la gestación por otro con fines altruistas, en donde la gestante acepte la implantación de un embrión ajeno, con el único objetivo humanitario de brindar la posibilidad de que una pareja imposibilitada de gestar por su cuenta debido a malformaciones, perdidas del útero, enfermedades congénitas y de mas, pueda obtener descendencia, creemos que una pareja no tiene por qué renunciar a la posibilidad de tener hijos con su propia herencia genética, y entendemos que esto

puede realizarse, mediando en principio un asesoramiento legal y médico donde se instruya a los comitentes, para que obtengan un conocimiento certero e integral de la consistencia de dichas prácticas, luego de obtener la información, y si es su voluntad, someterse a la realización de las mismas, antes de la concreción de cualquier acto, formalizar dicho acuerdo, exigir de las partes la reunión de ciertos requisitos previos, entorno a la gestante que podría solicitarse que presente buena aptitud física y psíquica, edad adecuada, que previamente haya tenido hijos naturales y fijar un límite máximo de gestaciones subrogadas y entorno a los padres someterse a pruebas médicas que acrediten las causas de infertilidad que padecen, y presentar un certificado de idoneidad, con similitud a las que se solicitan al momento de la adopción y luego de la reunión de dichos requisitos podrían mediante un contrato civil atípico, que reúnan los elementos de validez que se establezcan por ley y que ello sea sin ánimo de lucro, en donde medie la gratuidad, sin obviar el aspecto oneroso de la relación para cubrir los gastos necesarios que se precisen en la gestación, como los son los alimentos, cobertura médica, seguros y demás, pero para ello es preciso de una legislación, donde se regule el procedimiento de realización ante los órganos jurisdiccionales o eventualmente lograr una homologación judicial, para que el acuerdo mediando entre las partes resulte válido. Como así también regular las responsabilidades, de las instituciones en donde se llevan adelante dichos tratamientos, establecer las sanciones que pueden recaer sobre ellas en los estudios y diagnósticos pre natales, y hasta el momento del nacimientos le niño, en donde puedan recaer responsabilidades de los profesionales y de dichas instituciones en los casos de mala praxis, brindando un régimen a los comitentes para realizar los reclamos pertinentes a la materia.

Entorno a la prohibición de la maternidad subrogada, a nuestro entender es totalmente inconveniente, lo que llevaría a ser realizada igualmente y sin ninguna protección jurídica, cayendo en la clandestinidad y presentándose aún más frágil y vulnerable a los abusos. También creemos que su prohibición llevaría a tener que trasladarse fuera del territorio Argentino a destinos mercantiles, donde se permite la realización de las técnicas de reproducción humana, que suelen ser de significativo costo, para la concreción del deseo de tener un hijo, hecho que se presenta en la realidad, podemos ver en los medios periodísticos como radio, televisión, revistas y demás, a las celebridades, mostrando a sus hijos producto de la maternidad subrogada, cumpliendo sueños que muchos por cuestiones económicas les resulta inalcanzable, es por ello que proclamamos la universalización de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, abogamos que dichas prácticas se encuentre en un marco legislativo, para evitar su clandestinidad y donde se encuentre presentes como límites los derechos humanos, respetando los derechos de la dignidad humana, el derecho a la vida, a la identidad, a conocer los orígenes, el derecho del niño y demás.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio, J.M Manual de contratos parte general. Editorial Hammurabi.1997

Belluscio, Cesar Augusto: Manual de derecho de Familia Editorial Astrea 1 reimpresión 2004.Argentina Bs As

Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Familia. Tomo 1 y 2. 9° Edición. 2008 Editorial Alveroni

Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Contratos. Editorial Alveroni 1999

Borsset – Zanonni: Manual de derecho de familia. 6° edición actualizada. Editorial Astrea – Depalma. Bs As.2004

Cohen Agrest Diana. ¿Qué piensan, los que no piensan como yo? Editorial Debate

De la Torre Vargas; Maricruz. La fecundación in vitro y filiación; Edit. Jurídica de Chile-1993

Lloveras de Resk Ma. Emilia – Bertoldi de Fourcade Ma. Virginia- Bergoglio Ma. Teres ; lecciones de derecho civil. Personas naturales y jurídicas. Editorial Advocatus. Córdoba 1995

López de Zavalía, Fernando; Teoría de los Contratos. Parte general Editorial: Astrea.1991

Méndez Costa, Ma. Josefa – Lorenzo de Ferrando Ma. Rosa- Cadoche de Azvalinsky, Sara – D' Antonio, Daniel Hugo – Ferrer, Francisco A. M. – Rolando, Carlos H. Derecho de Familia Editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C Editores

Medina Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C Editores. Argentina 2002

Méndez Costa; María Josefa: La Filiación Editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C Editores
1986

Ossorio Manuel. Dicc. de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales –1999- Edit. Heliasta

Rivera Julio César. Instituciones de derecho civil tomo 1 y 2. Editorial Lexis nexis
Abeledo Perrot. 1994.

Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Derecho. Revista de Investigación y
Docencia del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 38. Maternidad subrogada
y la mediatización del ser humano Autores Guillermina Zabalza - María Victoria Schiro.
2005

ISSN: 1851- 2844

TORRÉ, Abelardo, “Introducción al derecho”, 14° ed., Abeledo Perrot – Lexis Nexis,
Buenos Aires, Argentina, 2003

PAGINAS WEB CONSULTADAS:

Tesis Facultad de Cs. Jcas y Sociales, de la Univ. De San Carlos de Guatemala por
Rodolfo Federico Escobar Enrique. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf

Ponencia Presentada por: Ma. Paz Richard Muñoz. Régimen Jurídico. Maternidad
Subrogada. Año: 2008. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf>

Método de Reproducción Asistida y su incidencia Jurídica- Determinación en la Filiación
de la Maternidad Subrogada.

http://www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html

http://www.ucc.edu.ar/portalucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Legislacion_internacional/jerarquia_constitucional/declaamericanaddydddelhombre.PDF

Maternidad Subrogada.

<http://www.calp.org.ar/uploads/972124607f5afeaeb4953776dd096ac4.pdf>

Medina Graciela. Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana. Publicado: LA LEY 1997-C, 1433. <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

De la Torre Vargas; Maricruz. La fecundación in vitro y filiación; Edit. Jurídica de Chile 1993. http://books.google.com.ar/books?id=N7Bf63O6Uh0C&pg=PA37&lpg=PA37&dq=derecho+a+procrear&source=bl&ots=EVR4_Fb5tK&sig=RRkF1HpXMNCT5nVs4T1KDvYtQdQ&hl=es&ei=SGyxTryCNOji0QGYy8WbAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFMQ6AEwBw#

Lic. Arámbula Reyes, Alma – Investigadora Parlamentaria - Maternidad Subrogada
<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

Declaración Universal de Derechos Humanos.
<http://www.faest.org/documentos/manual/ddhh.pdf>

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre
http://www.ucc.edu.ar/portalucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Legislacion_internacional/jerarquia_constitucional/declaamericanaddydddelhombre.PDF

Convención Americana sobre los derechos del Hombre (Pacto de San José)
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Maternidad Subrogada en Rusia y en el Mundo
http://surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php

<http://www.vientrealquiler.com/index.php/madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios>

Diario El Milenio On Line <http://impreso.milenio.com/node/8764925>

Ventre de alquiler o maternidad subrogada: legalidad en el mundo
<http://www.bebesymas.com/ser-padres/ventre-de-alquiler-o-maternidad-subrogada-legalidad-en-el-mundo>

Breve aproximación entorno a la problemática de la maternidad Subrogada. María Eleonora Cano http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm#_ftn7

Maternidad Subrogada y los Problemas de Filiación.
Natalia Valeria Britos. ABG15028

<http://federacionuniversitaria69.blogspot.com/2008/08/maternidad-subrogada-francois-chabas.html>

Enrique Varsi. Derecho Genético. Principios Generales Capitulo II. Fuente, Estructura, y Fundamento del derecho genético. <http://issuu.com/evarsi/docs/vars-i-cap2>

http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	BRITOS NATALIA VALERIA
E-mail:	nataliabritos@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Maternidad Subrogada y los Problemas de Filiación
Título del TFG en inglés	Surrogate Motherhood and the troubles of filiation
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	
Integrantes de la CAE	Warde Adriana; Taboas Verónica
Fecha de último coloquio con la CAE	16/02/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno