

TRABAJO FINAL DE GRADUACION



ABOGACIA

ORTELLADO, CLAUDIA LORENA

MTD - RIO CUARTO - 2012

MATERNIDAD SUBROGADA

Y

ALQUILER DE VIENTRES

“UNA REALIDAD NO LEGISLADA”

TRABAJO FINAL DE GRADO

CLAUDIA LORENA ORTELLADO

ABOGACIA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

CAU RIO CUARTO

2012

ÍNDICE DEL TFG

MATERNIDAD SUBROGADA Y ALQUILER DE VIENTRES:

UNA REALIDAD NO LEGISLADA

INTRODUCCIÓN.....	Pag. 5
OBJETIVOS.....	Pag. 9
I. OBJETIVOS GENERALES.....	Pag. 9
II. OBJETIVOS PARTICULARES.....	Pag. 9
CAPITULO I – ASPECTOS GENERALES.....	Pag. 11
A - MATERNIDAD SUBROGADA	
I. Concepto de maternidad subrogada.....	Pag. 13
II. Alquiler de vientres y maternidad subrogada en nuestro país aspectos legales.....	Pag. 19
III. Filiación biológica y voluntaria.....	Pag. 25
B - DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.....	Pag. 29
I. Países que la legislan la maternidad subrogada.....	Pag. 29
I.I. Estados Unidos.....	Pag. 29
I.II. Brasil.....	Pag. 32
I.III. India.....	Pag. 33
II. Países que prohíben la maternidad subrogada.....	Pag. 35
II.I. Francia.....	Pag. 35
II.II. España.....	Pag. 36
II.III. Alemania.....	Pag. 39
III. Países que no legislan la maternidad subrogada.....	Pag. 41
III.I. Rusia.....	Pag. 41
III.II. Tailandia.....	Pag. 42
III.III. Argentina.....	Pag. 42

CAPITULO II - CONTEXTO SOCIAL.....	Pag. 45
A - REALIDAD Y NECESIDADES.....	Pag. 47
I. Posiciones Doctrinarias.....	Pag. 47
II. Antecedentes jurisprudenciales.....	Pag. 48
III. Opiniones de especialistas en Derecho de Familia.....	Pag. 58
B - VACÍO LEGAL.....	Pag. 65
Inconvenientes por falta de legislación.....	Pag. 65
C - LOS POR QUÉ, DE LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA.....	Pag. 69
I. Caso de la Periodista “Marisa Brel”.....	Pag. 69
II. Caso de “Florencia de la V”.....	Pag. 76
CAPITULO III - BIOETICA.....	Pag. 79
Principales cuestionamientos a la figura.....	Pag. 81
CAPITULO IV - PROPUESTAS LEGISLATIVAS.....	Pag. 87
A - PROYECTOS PARLAMENTARIOS.....	Pag. 89
I. En contra.....	Pag. 89
I.I Proyecto de Senadora Adriana Bortolozzi.....	Pag. 89
I.II Otros Proyectos para prohibir la Maternidad Subrogada.....	Pag. 92
II. A Favor.....	Pag. 94
II.I Proyecto del Diputado Hugo Nelson Prieto.....	Pag. 94
II.II Proyecto del Diputado Germán Fabián Milman.....	Pag. 95
II.III. Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.....	Pag. 97
CONCLUSION.....	Pag. 101
BIBLIOGRAFIA.....	Pag. 105

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la figura de la Maternidad Subrogada y el Alquiler de Vientres, partiendo del concepto que nos brinda la doctrina y el derecho comparado. Se hace un análisis de los antecedentes de la figura en los diferentes países que la regulan o no y los que la prohíben, llegando a la realidad que se nos plantea en nuestro país y el vacío legal al que nos enfrentamos, habiendo una necesidad inmediata de legislación específica. Se expone la opinión de los diferentes actores involucrados en la cuestión, ya sea a favor o en contra de la figura, así como también se hace una aproximación a los diferentes proyectos legislativos en nuestro país.

ABSTRACT

In the present work there is analyzed the figure of the Replaced Maternity and the Rent of Abdomens, departing from the concept that offers to us the doctrine and the compared right. There is done an analysis of the precedents of the figure in the different countries that her regulate or prohibit and that, coming to the reality that appears us in our country and the legal emptiness which we face, there being an immediate need of specific legislation. There is exposed the opinion of the different actors involved in the question, already be to favor or in opposition to the figure, as well as also an approximation is done to the different legislative projects in our country.

MATERNIDAD SUBROGADA Y ALQUILER DE VIENTRES: UNA REALIDAD NO LEGISLADA

INTRODUCCIÓN

La realidad que nos rodea, muchas veces va mas allá de cualquier concepción religiosa, política, social, moral o ética, que podamos tener, enclaustrados en parámetros que nos vienen impuestos y enseñados a través de los tiempos. Es así como ante determinadas cuestiones de hecho, debemos saber aprehender e interiorizar lo que nos brinda la evolución constante del ser humano y la ciencia.

Más allá de cualquier opinión subjetiva que podamos tener por cuestiones como estas, que tienen que ver con el Derecho de Familia, la Filiación, los Derechos de los Niños y de los Padres, cuestiones que calan muy profundo en nuestra subjetividad, porque constituyen la base de cualquier sociedad y es desde ahí, de donde parten nuestros valores y conductas como individuos sociales, también debemos comprender que mas allá de cuál sea el origen biológico de un individuo, de un ser humano, sus derechos están sobre todo lo demás.

Por otro lado también se encuentra el derecho a la maternidad y a la paternidad, que hacen a la esencia de los individuos, y que gracias a la ciencia, muchas parejas que por circunstancias naturales no pueden procrear, hoy en día se les puede brindar la posibilidad de tener una familia, con la ayuda de la fertilización in vitro por ejemplo. ¿Pero qué pasa en los casos en que estas parejas están impedidas de procrear y la fertilización in vitro o las técnicas de implantación de embriones no les dan una solución a su infertilidad, ya sean mujeres u hombres?

Hoy en día, no solo debemos tener en cuenta las parejas tradicionales de diferente sexo, sino que, también debemos pensar en las familias homoparentales, constituidas a partir de nuestra nueva ley de matrimonio igualitario, para las cuales es imprescindible contar con un tercero que aporte los gametos o bien un útero.

Todo esto este mundo de posibilidades y circunstancias, acarrea una serie de controversias entre lo que es y lo que debe ser, es así como la realidad supera cualquier concepción retrograda y nos obliga a racionalizar situaciones impensadas hasta hace poco tiempo atrás, y ahí surgen las preguntas, ¿Quiénes somos para prohibir que alguien sea padre o madre?

¿Cuál es la razón para fundamentar de antemano que un niño “puede tener problemas psicológicos” por ser hijo de una familia que contrató con otra mujer para que lo gestara? ¿No es más productivo darles un marco legal de resguardo y protección a esta familia y a ese niño, que pretender prohibir sin razones contundentes?

Ahora bien, hablemos de la Maternidad Subrogada, como veníamos diciendo, gracias a la ciencia actualmente podemos hablar de este tipo de maternidad por sustitución, que se da cuando una mujer gesta un niño que genéticamente puede o no pertenecerle. Existen diferentes modalidades y casos en que se llevan a cabo estas prácticas, pero lo fundamental es que quien gesta al niño por nueve meses luego no será quien lo críe, ni tendrá filiación alguna con él, sino que será hijo de quien haya contratado con la madre sustituta y ostentará ante la sociedad la calidad de madre o padre. Participan de esta concepción Zannoni, 1998; Mendez Costa y D’Antonio, 2001; Krasnow, (2006); Famá (2011); entre otros.

Todo esto trae aparejado gran cantidad de lagunas en los ordenamientos jurídicos, y ha despertado la opinión de muchísimos juristas a lo largo de todo el mundo, quienes se han manifestado aceptando o rechazando este tipo de prácticas.

Dentro de este mismo contexto, podemos referirnos al alquiler de vientres, que es asimilado a la maternidad por sustitución, pero la diferencia a destacar, es que existe un precio de por medio, por eso la figura de alquiler, que ha tenido y tiene ya aceptación legal en muchos países como E.E.U.U. o India, entre otros.

Por su parte, también nos encontramos con quienes como Zabalza y Schiro (2005), se manifiestan completamente en contra de esta figura, tildando a este tipo de contratación de nula, argumentando que no se puede contratar con partes del cuerpo humano, ya que este es indisponible en sus partes no renovables, según lo dice la Ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos y la Ley de Reproducción Humana Asistida.

También está la cuestión de la filiación del niño con sus progenitores genéticos y quien lo gesta, es así como surgen muchos interrogantes y derechos contrapuestos, de un lado y del otro y sobre todo para el menor. Encontrando a quienes, como la bioética o la doctrina católica, califican a este tipo de prácticas contrarias a la moral y las buenas costumbres, además de ilícitas, ya que ven en ellas el tratamiento del niño como una cosa, separándolo de quien lo gesta, en el

mismo momento del parto o bien por el dinero que recibiere la madre gestante en caso del alquiler del vientre.

Por su parte, las doctrinas menos conservadoras, donde encontramos al Dr. Bossert en las Segundas Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, o el Dr. Lorenzetti en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial, que aceptan las posibilidades que la ciencia brinda a las parejas infértiles, niegan rotundamente, el carácter atribuido a la figura por las primeras, comparándolo con los niños que nacen gracias a la fecundación asistida.

El presente trabajo contara con cuatro partes fundamentales: Primeramente se trataran los aspectos generales de la figura y su definición, trataremos la filiación biológica y voluntaria, así como también se efectuara un análisis de la figura en diferentes países, que la legislan o no, como el nuestro.

En un segundo enfoque abordaremos la cuestión social, lo que significa este avance científico y sus repercusiones tanto para quienes se ven beneficiados con el mismo y quienes no lo admiten, como la bioética, por ejemplo, cuáles son sus argumentos y posturas.

En una tercera etapa, analizaremos los distintos proyectos de leyes que presentados en nuestro Congreso de la Nación, tanto a favor de su implementación, como para su prohibición, además del reciente anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil y Comercial, donde se incluye la figura de “gestación por sustitución”.

Por último, a modo de conclusión, nos proponemos realizar un enfoque crítico de esta realidad que nos afecta a todos, no solo a quienes necesitan una solución legal urgente, sino también a los profesionales de las leyes que deben bregar siempre por el resguardo de las personas.

La conclusión de este trabajo pretende dar un argumento válido, firme y fundamentado de la necesidad de una legislación pronta y responsable para este tipo de prácticas que hoy están al orden del día, y mayoritariamente debido al silencio legal se dan en forma clandestina, con todo lo que ello significa para nosotros como sociedad que pretende un constante crecimiento.

OBJETIVOS

I. - OBJETIVOS GENERALES

- Determinar que es la maternidad subrogada y el alquiler de vientres.
- Definir el tratamiento de la figura en el derecho comparado.
- Analizar los proyectos legislativos en nuestro Congreso y establecer la viabilidad legislativa en nuestro país.

II. OBJETIVOS PARTICULARES

- Definir que es la maternidad subrogada y el alquiler de vientres, y sus aspectos legales. Explicar su modo filiatorio.
- Plantear cual es el tratamiento que le dan a la figura los países que la legislan y los que la prohíben, establecer la situación legal en los países que no la legislan.
- Describir cuales son los requisitos a los que se deben someter quienes quieren acceder a un vientre “alquilado”, dentro de la legislación a desarrollar.
- Analizar la realidad y la necesidad en la que se encuentran quienes pretenden concebir por medio de una subrogación de vientre.
- Analizar casos jurisprudenciales.
- Identificar cuáles son los inconvenientes que acarrea la falta de resguardo legal para las parejas que desean una maternidad subrogada.
- Establecer la necesidad de una legislación específica para esta problemática.
- Plantear cual es la postura que adopta la bioética en esta problemática.
- Analizar los proyectos de legislación de la maternidad subrogada.
- Evaluar la posibilidad real de alcanzar una legislación responsable en nuestra legislación.

CAPITULO I
ASPECTOS GENERALES.

A - LA MATERNIDAD SUBROGADA:

I. Concepto de maternidad subrogada.

Para acercarnos al actual concepto de maternidad subrogada, no podemos dejar de remitirnos a los tiempos bíblicos, ya en aquella época, cuando la esposa era estéril, se utilizaba el vientre de una mujer fértil para dar descendencia a los hombres patriarcas en los pueblos semitas, es así como en Génesis Capítulo 16 se narra claramente lo sucedido con el matrimonio de Abraham y su esposa Sarai, quien le ofrece a su esclava para que la tome como mujer y lograr así la descendencia tan ansiada, puesto que ambos esposos eran ya de muy avanzada edad y además Sarai era estéril. Es por esto que Abraham toma como mujer a Agar la esclava de su esposa y tiene con ella a Ismael el primogénito de Abraham.

Génesis 16:2 Dijo entonces Sarai a Abraham: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abraham al ruego de Sarai. (Biblia Génesis 16:2)

En este hecho bíblico queda sentado de alguna manera, el primer precedente de maternidad subrogada, donde Sarai entrega a su esclava para dar descendencia a su marido, y pone a su esclava en una posición de privilegio. Luego, Sarai a pesar de su avanzada edad, logra dar a luz a Isaac, y es entonces cuando destierra a Agar y a Ismael. Mientras tanto existía una situación muy similar a lo que hoy en día sucede con este tipo de acuerdos, ya que Agar era la madre biológica y Sarai la madre social.

Para referirnos al concepto de maternidad y su disociación, que hoy en día nos sorprende, seguiremos el lineamiento presentado por la Dra. Fama (2011), es así como, debemos distinguir tres categorías de madres: Por un lado, tenemos a la *Madre Gestante*; que es quien va a llevar al niño en su vientre hasta el momento de dar a luz, para luego entregarlo al o los comitentes, al momento del parto, renunciando a todo derecho como madre gestante. Esta madre puede ser una tercera ajena biológicamente al embrión, implantado mediante Fecundación in Vitro, o bien puede ser también quien haya aportado su material genético es decir su óvulo, para engendrar al niño, valiéndose de igual modo de la Fecundación in Vitro.

Por otro lado, tenemos a la *Madre Genética*; que es quien tiene una conexión biológica con el niño por nacer, ya sea que, aporta su óvulo para formar el cigoto extracorpóreamente, que luego será implantado en el vientre de la madre gestante, o bien pueden coincidir ambas calidades en una sola madre, es decir, ser gestante y genética al mismo tiempo.

Por último tenemos a la *Madre Social*; que es quien ostentara frente a la sociedad la calidad de verdadera madre del nacido, recibéndolo una vez que la madre gestante lo dé a luz; es quien se va a encargar del cuidado, educación y crianza del menor pudiendo o no tener relación genética con el niño.

Continuando con este camino hacia el concepto de maternidad subrogada, debemos obligatoriamente referirnos a lo que es la maternidad en sí, remontándonos al origen de su concepto.

El derecho Romano define a la maternidad en su máxima: “*Mater sempre certa est*”, determinando de este modo que, la maternidad se establece por el hecho del parto, del mismo modo que lo hace nuestro Código Civil en su art. 242 “*La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido*”. Es así que para casi todas las legislaciones que derivan del Derecho Romano, la maternidad en sí, le corresponde a quien da a luz al niño nacido. Pero además de la maternidad biológica tenemos la maternidad legal, que es aquella que se adquiere por adopción, donde la madre obtiene todos los derechos y obligaciones para con su hijo, aun cuando no posea vínculo genético con el adoptado.

Estos eran los conceptos reinantes en el mundo jurídico, hasta la aparición de la maternidad por subrogación que viene a romper con todo un esquema legal, que comenzara ya con las técnicas de Reproducción Asistida corpórea o extracorpórea, entre las que se encuentra la Fecundación in Vitro, eslabón fundamental al tratar el tema de la maternidad subrogada.

Ahora bien, que es la Maternidad Subrogada, propiamente dicha, comencemos por analizar las palabras que componen su designación, como ya lo explicáramos ut supra; la maternidad es la relación que se genera entre una mujer y su hijo, ya sea que lo haya dado a luz o bien sea por adopción, y en el primer caso puede o no poseer con el niño una conexión biológica.

De una manera tradicional madre es quien a partir de su óvulo, engendra, da a luz y cría a su hijo.

Por otro costado, tenemos el término “subrogar” que la Real Academia española define como: “*sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*”. A lo que podríamos agregar que se reemplaza a una cosa o persona por otra para que cumpla la función o tarea en lugar de la sustituida. Cabe aclarar que los términos utilizados jurídicamente no siempre se corresponden con los conceptos creados por los usos y costumbres de lo cotidiano.

De estos conceptos podemos desprender de manera general el de Maternidad Subrogada, que es, cuando quien va a ser la madre social del niño nacido, utiliza el vientre de otra persona para que lo gesté y dé a luz, quien lo entrega de manera inmediata al parto. Es decir hay dos madres una que lleva a cabo la gestación y alumbramiento, y otra que será la encargada de cuidarlo, criarlo, alimentarlo, educarlo y protegerlo durante toda su vida. De aquí la utilización del término subrogar, pues la madre gestante se subroga en el lugar de la madre social para gestar y dar a luz al niño.

Según la Comisión Warwock (Reino Unido, Julio de 1984): La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida como: “*la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*”¹.

Doctrinariamente existen diferentes criterios para definir la maternidad subrogada. “*Por un lado tenemos a quienes sostienen que el término supone exclusivamente el caso en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja*” (ZANNONI, 1998; WAGMAISTER, 1990; SAMBRIZZI, 2004; LOYARTE Y ROTONDA, 1995; MENDEZ COSTA Y D’ANTONIO, 2001; MEDINA – ERADES, 1990)², “*Para otros, la maternidad subrogada comprende también*

¹ INFORME DE WARNOCK, Comisión de Investigación sobre fertilización humana y embriología: *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Londres (1984). (versión digital) – consultado en agosto de 2012-
<http://books.google.com.ar/books?id=jnOBSmzrO7UC&pg=PA75&lpg=PA75&dq=INFORME+DE+WARNOCK,+Comisi%C3%B3n+de+Investigaci%C3%B3n+so+bre+fertilizaci%C3%B3n+humana+v+embriolog%C3%ADa:+Report+of+the+Committee+of+Enquiry+into+Human+Fertilisation+and+Embryology.+Londre&source=bl&ots=LMRlCdT9Gg&sig=gLo6xkv5VvIbs3isOX52vNjoeLo&hl=en#v=onepage&q=INFORME%20DE%20WARNOCK%2C%20Comisi%C3%B3n%20de%20Investigaci%C3%B3n%20sobre%20fertilizaci%C3%B3n%20humana%20y%20embriolog%C3%ADa%3A%20Report%20of%20the%20Committee%20of%20Enquiry%20into%20Human%20Fertilisation%20and%20Embryology.%20Londre&f=false>

² ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 3ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 530; WAGMAISTER, Adriana, "Maternidad subrogada", RDF n° 3, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 20 y "Fecundación asistida", RDF n° 41, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 147 y ss.; SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, El Derecho, Buenos Aires, 2004;

aquellos supuestos en que la mujer gestante es inseminada o fecundada con su propio óvulo y el aporte del semen de un hombre casado, asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo a la pareja conformada por el dador del semen y su esposa, renunciando a sus derechos maternos filiales con fines de adopción” (KRASNOW, 2006; ARSON DE GLINBERG - SILVA RUIZ, 1991)³.

Por su parte la Dra. M. Victoria Famá (2011), se inclina por una postura más abarcativa, siguiendo a Grosman (2007), en función de las posibilidades que brindan los avances científicos. Es así como, desarrolla las siguientes variantes según su criterio: “a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen⁴”, a lo que agregamos: que el óvulo provenga de una mujer donante distinta a la que gesta y el semen sea del marido contratante.

Siguiendo a la Dra. M Victoria Fama (2011), se debe tener en cuenta también las posibilidades que existen por las relaciones homoparentales, siendo uno de los varones de la pareja o bien una de las mujeres de la pareja que hace el aporte genético para llevar a cabo la fecundación extracorpórea, con la donación del otro gameto por parte de un tercero (Ver Fig. 1⁵). Es evidente el abanico de posibilidades que hoy la ciencia nos brinda, para lograr la procreación.

La reproducción humana ya no es una cuestión que queda reservada a la intimidad de las parejas, ya no es solo una cuestión de amor y afinidad matrimonial. Hoy en día en virtud de los grandes avances tanto científicos, como sociales y la evolución propia del ser humano, se puede

LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 318 y ss.; MÉNDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel H., Derecho de familia, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 71; MEDINA, Graciela - ERADES, Graciela, "Maternidad por otro. Alquiler de úteros", JA, 1990-II-714; citado por MARIA VICTORIA FAMA - Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación – I - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

³ KRASNOW, Adriana N., Filiación, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 230; ARSON DE GLINBERG, Gloria H. - SILVA RUIZ, Pedro F., "La libertad de procreación", LA LEY, 1991-B, 1198; etc. citado en MARIA VICTORIA FAMA - Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación – I - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

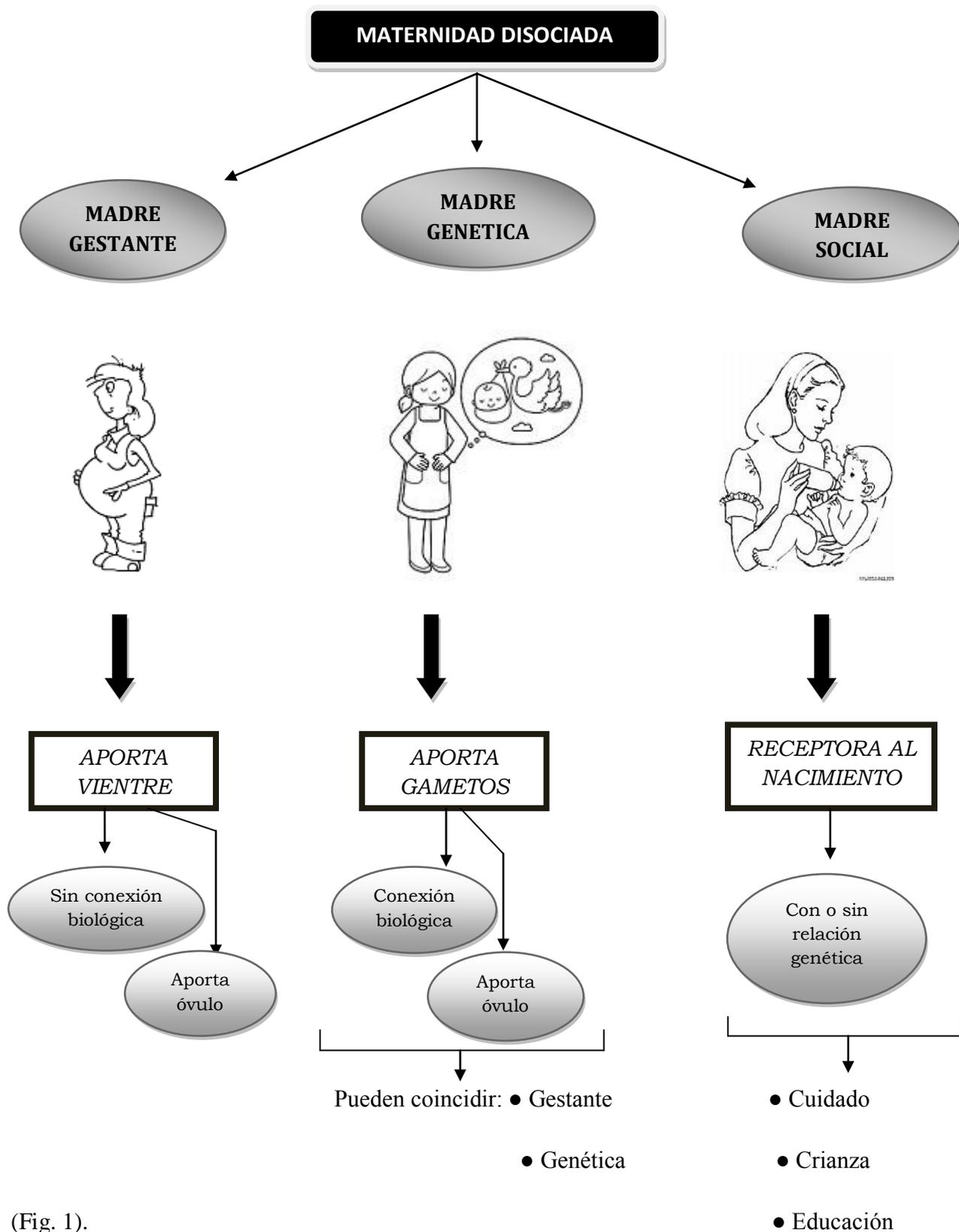
⁴ GROSMA, Cecilia, "De la filiación", en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1-B, 3a reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 327. Para un mayor desarrollo de este amplio espectro de posibilidades desde las perspectivas médica y jurídica, se recomienda compulsar SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", en Humanitas. Humanidades médicas n° 49, abril de 2010, disponible en www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf. citado en MARIA VICTORIA FAMA - Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación – I - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

⁵ El cuadro de referencia es de nuestra autoría .

observar que las personas hacen uso de su voluntad de manera más libre, por decirlo de alguna manera, ya que, tanto hombres como mujeres, solos o en pareja, casados o no, son libres de decidir si quieren o no ser padres.

La voluntad procreacional juega un papel fundamental en este tipo de decisiones, donde quienes pretenden ser padres, son quienes determinan y planifican la existencia del hijo. La realidad es que, en estas situaciones especiales, donde existe una infertilidad o por una cuestión natural de parejas homosexuales, o bien personas solas, teniendo como base fundamental la fecundación extracorpórea o in vitro, se logra el tan ansiado anhelo de poder procrear.

Es así como, quienes estamos a favor de este tipo de prácticas procreacionales, vemos con gran orgullo, el avance científico en materia reproductiva. Ahora bien, es fundamental el resguardo legal de estas prácticas, no solo por su complejidad científica, sino también primordialmente, por lo imperioso de la protección de los derechos de las personas involucradas.



(Fig. 1).

II. Alquiler de vientres y maternidad subrogada en nuestro país, aspectos legales.

El alquiler de vientres y la maternidad subrogada no son denominaciones univocas para la doctrina, sino que por el contrario existe una diferencia fundamental entre ellas. En el primero de los casos algunos especialistas, como la Dra. Cano (2007) entienden que, en el alquiler de vientres existe un precio de por medio para la utilización del útero sustituto. Otros, como la Dra. Medina (2000), por el contrario dicen que, se trataría de alquiler de vientres cuando, quien recibe el embrión implantado, no posee ninguna conexión genética con el mismo, para luego renunciar a todo derecho sobre el niño nacido. Por su parte, se trataría de maternidad subrogada cuando, la madre gestante aporta tanto su vientre como sus óvulos, manteniendo así una conexión genética con el embrión y una vez nacido el niño realiza una cesión de derechos a favor del comitente.

Como ya se desarrollara en párrafos anteriores, la maternidad subrogada se da cuando una mujer acepta que se le implante en su seno un embrión que pertenece a otra pareja, para que se geste en su vientre y darlo a luz, entregándolo a la pareja comitente en ese momento, culminando así con todo lazo que pudiera existir entre ella y el nacido, salvo que exista algún acuerdo previo, como por ejemplo cuando se pacta que la madre gestante pueda amamantar al niño mientras fuera necesario. Esto debe diferenciarse del supuesto en el cual una madre es inseminada con el semen del hombre que pertenece a la pareja que quiere tener el hijo, el cual una vez nacido es entregado a su padre biológico renunciando la madre gestante, a sus derechos maternos-filiales y haciendo una cesión de derechos.⁶

En nuestro país no se encuentra regulado este tipo de contrataciones, por el momento y existen tanto proyectos de ley en contra y a favor de la maternidad subrogada, entre los que podemos destacar, el proyecto de la Senadora Adriana Bortolozzi, presentado en marzo del año 2009, al Congreso de la Nación, que considera al alquiler de vientres, como una manipulación genética, para ella *“la maternidad subrogada implica un pacto de contenido inmoral contrario a las buenas costumbres”*⁷.

Por otro lado, dentro de las posturas favorables, está el proyecto presentado en 2011 por el ex Diputado Nacional Hugo N. Prieto donde deja claro que, *“la propuesta de su proyecto de*

⁶ MEDINA, GRACIELA-WINOGRAD, CAROLINA (2000). *“Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada”* – Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina - Doctrina JA 2000-IV-1078

⁷ SENADORA ADRIANA BORTOLOZZI DE BOGADO - *Proyecto de Ley* - Expediente n° S-2.439/07 presentado el 06-08-07; *“Nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación”* - Senado de la Nación - Secretaría parlamentaria Dirección General de Publicaciones (S-0394/09) Buenos Aires, 02 de marzo de 2009

ley, para los hijos nacidos a través de la maternidad subrogada, es sustituir la presunción del dato del parto por la de libertad y responsabilidad de la procreación coincidente con la voluntad procreacional del o los subrogantes. En consecuencia, la maternidad o paternidad se corresponderá con la mujer o el varón sin cuya acción, y prescindiendo de su participación biológica o genética, no hubiese dado origen a una vida que desea.⁸”

Los avances científicos y la evolución propia de las sociedades, nos enfrentan a una realidad muy diferente de la que fueron parte nuestros grandes juristas, como Vélez Sarsfield, por lo que es imprescindible un cambio legislativo, que resguarde los derechos de quienes se encuentran impedidos de procrear y deben recurrir a países extranjeros para cumplir con el sueño de un hijo propio.

El contrato de “alquiler de vientre” en nuestro Código Civil, no se encuentra regulado, pero por analogía puede ser asimilado al art. 1493, que define al contrato de Locación, como aquel en que dos partes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso y goce de la cosa, o a ejecutar una obra, o “*prestar un servicio*”; y la otra a *pagar* por ese uso, goce, obra o *servicio* un precio determinado en dinero.

En cuanto al objeto de los contratos, el art. 1501 del C.C., dice: “*Las cosas que estén fuera del comercio o que no puedan ser enajenadas, (...), pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, u ofensivas a la moral y buenas costumbres*”, es así que, en cuanto al alquiler de vientres, estaríamos ante un contrato de alquiler de servicios o de uso, ya que por un lado, tenemos la locadora que suministra su vientre para que sea implantado un embrión ajeno, y por el otro lado tenemos los locatarios de ese vientre o comitentes, que pagan el precio en dinero por el servicio que les brinda la primera. La locadora o madre sustituta, en este caso, gesta un embrión para otro, y no realiza una simple actividad pacífica, sino que se obliga a cumplir con los cuidados y recaudos necesarios para llegar a dar a luz al niño.

⁸ PRIETO, HUGO NELSON. – *MATERNIDAD SUBROGADA: REGIMEN.* – CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION - PROYECTO DE LEY - N° de Expediente 4098-D-2011 – Trámite Parlamentario 112 (presentado - 17/08/2011) <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011> – consultado en octubre de 2011

De lo que surge que, la relación contractual, sería más bien una obligación de medios, más que de resultados, teniendo en cuenta fundamentalmente, que el hecho del nacimiento con vida de la criatura, está supeditado a un acontecimiento futuro e incierto.

Por su parte el art. 953 del Código Civil, establece que: *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”*

La controversia se asienta en el hecho de que, si quien accede a la implantación del embrión, sufre o no un trastorno psicofísico, en este caso la madre sustituta, si se toma su participación en este tipo de “convenios”, como una de las partes débiles, y si tenemos en cuenta lo dispuesto por la ley de trasplante de órganos y materiales anatómicos, estas prácticas podrían realizarse siempre que la receptora del embrión no sufra ninguna alteración considerable en su salud, disminuyendo o afectando la misma.

Por su parte la Ley de Reproducción Humana Asistida, aprobada por la Cámara de Senadores y en espera de la aprobación por parte de la Cámara de Diputados, en su art. 14 dispone que el Contrato de Maternidad Subrogada es nulo, por considerar a su objeto contrario a la moral y a las buenas costumbres⁹.

De igual modo, si se tiene en cuenta que se trata del derecho a disponer del propio cuerpo y la integridad física, que en este caso posee quien gesta un niño para otro, como corolario del caso, estos son derechos personalísimos y como tales relativamente disponibles. En este sentido, opinan las Dras. Medina y Erades (1990) *“...que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible*

⁹ ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, M. Victoria – *“La Maternidad Subrogada y la Mediatización del Ser Humano”*; Año: 2005 - Docentes de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. www.centrodefilosofia.org.ar
Investigación y Docencia N° 38 - ISSN 1851-2844

y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público.”¹⁰

Nuestro Código Civil en su artículo 242 establece que “*la maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. El vínculo materno se determina por quien pare a los hijos, es decir que el estado de filiación materna queda establecido por el parto*”. Artículo, cuyo origen encuentra fundamento, en la máxima romana: “*mater semper certa est*”. Este principio se vio soslayado cuando, a través de la ciencia se logra romper con el único concepto de maternidad conocido hasta entonces, ya que hoy en día no solo es madre quien gesta, sino que también es madre quien participa de la genética del niño, sin haberlo gestado y de igual modo también es madre o padre, quien lo cría, cuida y educa.

Dice la Dra. Wagmaister (1990), “*La generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, para pasar a ser un acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo, con intervención de terceros*¹¹” a lo que agrega respecto a este nuevo tipo de contrataciones, “*se trata de actos jurídicos atípicos, pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia*¹²”

Coincidimos con el Dr. H. Prieto, en su proyecto de Ley del año 2011, cuando dice que, en la Argentina la maternidad subrogada no se encuentra regulada, pero tampoco prohibida, pero si tolerada, ya que los matrimonios que viajan al exterior y llevan a cabo este tipo de contrataciones, ingresan a nuestro país con sus hijos como adoptivos.

Siguiendo a las autoras Zabalza y Schiro (2005), ellas realizan un análisis del primer proyecto de unificación de nuestro Código Civil y Comercial de 1998, en cuanto a la maternidad subrogada, donde en su art. 543 dispone que: “*...La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita*”, en esto coincide con el Código Civil vigente, para determinar la maternidad por el hecho del parto.

¹⁰ MEDINA, GRACIELA Y ERADES, G. “*Maternidad por otro. Alquiler de úteros*”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1990-II, 14, ns. IV y V. – Año 1990.

¹¹ WAGMAISTER, Adriana, “*Maternidad Subrogada*”, en “*Revista Derecho de Familia*”, n° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss.

¹² Ídem, pag. 24 y ss.

Ahora bien, la diferencia fundamental entre ambos ordenamientos, si analizamos los fundamentos de este proyecto de reforma de 1998, *“Esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema, y también en el proyecto que cuenta con media sanción del Honorable Senado de la Nación¹³”*.

El Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (1999), quien anticipándose a lo que sucediera unos años después con el nuevo proyecto de reforma del Código Civil y Comercial del año 2012, nos dice, *“A nuestro criterio, la posible tensión entre la mujer que cede el óvulo y la que cede el vientre, debería haber sido resuelta respetando el acuerdo que podría existir entre ellas, que no necesariamente recorre el camino, que creemos ilegítimo, del alquiler y puede responder en cambio a elevados propósitos altruistas. En caso de romperse el acuerdo entre ambas mujeres podría haberse dejado a la solución según las circunstancias del caso. En cambio, la respuesta adoptada en el proyecto ignora incluso las célebres enseñanzas salomónicas, de atender al significado del mayor interés materno (I Reyes, 3, 16 y ss.) y los derechos del niño a su patrimonio genético. Con carácter que estimamos nítidamente totalitario, se mediatiza al hijo asignándole compulsivamente una maternidad que con mucha frecuencia puede llevarlo a su abandono o incluso a su entrega en adopción a los padres genéticos o a cualquier otra persona. A nuestro parecer esta propuesta del proyecto, que seguramente va mas allá de los propósitos de los redactores, debe ser modificada”¹⁴*.

“El actual anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial (2012), utiliza la denominación de “gestación por sustitución” para referirse a la maternidad subrogada, y establece que la filiación quedara establecida entre el niño y la pareja que realiza el tratamiento cuando al menos uno de los dos hubiere aportado los gametos para la gestación del niño y que la gestante no haya aportado su óvulo. También deja claro que la gestante no debe recibir retribución alguna, ni monetaria o cualquier otro tipo, por gestar al niño, además debe tener al menos un niño propio y no tener en su haber más de dos procesos de gestación por sustitución.

¹³ ZABALZA, G. y SCHIRO, M. V. – *“La Maternidad Subrogada y la Mediatización del Ser Humano”*; Año: 2005 - Docentes de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. www.centrodefilosofia.org.ar Investigación y Docencia N° 38 - ISSN 1851-2844 - Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, de 1998.

¹⁴ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *“Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino”*, Año: 1999 - en *“Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”*, n° 23, págs. 39/40.

Para la transferencia e implante embrionario al útero sustituto, se debe tener autorización judicial (ver versión digital)¹⁵.

El resguardo legal necesario, siempre debe apelar al mayor cuidado y protección de las partes más débiles, en estos casos el niño por nacer o nacido y la madre gestante o sustituta. Ahora bien, si el objetivo es dar soluciones a través de la ciencia, a aquellas parejas infértiles por la razón que corresponda, los límites y parámetros legales deben ser muy claros y precisos. Puesto que, nos estamos refiriendo por un lado, a la vida de un niño indefenso deseado por quien o quienes serán sus padres sociales, y por otro lado, y no menos importante, se encuentra la persona que posibilita la existencia de este niño, quien es la madre gestante.

Es así como, desde un punto de vista más abarcativo de las circunstancias que giran en torno a este tipo de contrataciones, por un lado no podemos prohibir que quienes poseen la voluntad procreacional, contando con los medios necesarios para lograr la gestación, no puedan llevarla a cabo en nuestro país y deban salir del mismo para conseguirlo, por falta de una legislación apropiada y acorde a los deberes del Estado de garantizar los derechos a sus habitantes.

Por otra parte, es fundamental la protección de la madre gestante, en caso de ser aceptadas este tipo de prácticas por nuestro ordenamiento, ya que, una regla general no es suficiente resguardo, el dejar librado al arbitrio de las partes o de los jueces la determinación y recaudos necesarios para elegir quien puede o no ser madre sustituta, no es propio de una norma que reforma algo por obsoleto y en definitiva cae en las mismas contradicciones y vaguedades.

Además de todo esto, lo más importante es el interés general del niño, de ese menor que surge del consentimiento prestado por dos o tres partes, que deciden su existencia, pero con una diferencia fundamental entre ellas, ya que quien lo gesta no tiene el deseo de ser madre en el sentido tradicional, sino que está gestando a favor de la otra parte, que son quienes verdaderamente desean a ese niño como hijo, del mismo modo que lo desea cualquier madre o padre que concibe por amor, esto es igual, solo que por impedimentos naturales estas personas no pueden procrear por sus propios medios, y buscan la ayuda de una tercera persona, es así

¹⁵ DIARIO CLARIN. Edición digital. “La maternidad subrogada en el Código Civil”: publicado 04/07/12 - 02:29 - http://beta.clarin.com/sociedad/maternidad-subrogada-Codigo-Civil_0_730726966.html - consultado en agosto de 2012

como sería un error pretender negar a este niño el amor de sus verdaderos padres, es decir quienes tienen la “voluntad procreacional” y dejárselo, por imperio de la ley, a una madre que solo lo gestó y que jamás tuvo intenciones de que fuera suyo, con todo lo que ello implica.

III. Filiación biológica y voluntaria.

La filiación a la luz de los avances científicos como lo venimos desarrollando, ya no es solo biológica o jurídica, sino que también existe una filiación genética y voluntaria, que sobrepasan la realidad normativa imperante. La complejidad de las relaciones maternofiliales acarrea gran cantidad de inconvenientes a la hora de procurar su determinación.

Ya el elemento biológico no es el único determinante de la filiación, pues, además debemos tener en cuenta la realidad social de muchas familias, que crían hijos ajenos como propios por los lazos afectivos o espirituales que existen entre ellos, como es el caso a modo de ejemplo, de una transexual que logró la adopción, después de una larga lucha de muchos años, de dos hermanitos, que ella comenzó a criar a razón de que los padres biológicos los maltrataban y los niños estaban en grado de desnutrición, la justicia entendió que la filiación adoptiva solo venía a dar amparo legal a una realidad que ya existía y ante todo la justicia hizo prevalecer el “interés de los niños”, por sobre la realidad biológica que los unía a sus progenitores, y la voluntad de la adoptante de ser madre de esos menores. Esto sucedió en el año 2010, en la localidad de Holmberg, poblado cercano a la Ciudad de Río Cuarto.

En este tipo de casos, vemos como lo afectivo tiene un peso jurídico en resguardo del interés del menor. Al determinar la cuestión filiatoria, además del elemento volitivo, es decir la voluntad de ser madre o padre, siempre resguardando el interés del menor que no es solo por la maternidad o paternidad biológica; también se debe procurar un entorno familiar, una educación adecuada del niño dentro y fuera del hogar, el cuidado de su salud tanto física, como espiritual y psíquica, todo esto no puede ser pasado por alto por las normas, ya que, van más allá de lo escrito por un legislador y tienen que ver directamente con la protección integral de nuestros niños.

La Dra. Famá (2011), nos dice, “*la admisibilidad de la maternidad subrogada y las*

consecuencias jurídicas que ésta proyecta en cuanto a la determinación de la filiación no pueden ser analizadas sin aludir a la llamada "voluntad procreacional", eje a partir del cual se construye la filiación basada en la reproducción asistida heteróloga, que es aquella que se lleva a cabo con semen de un donante cuando alguno de los progenitores o los dos no puede procrear por diversas causas¹⁶". Son muchos los autores que adhieren a esta idea de la llamada, "voluntad procreacional" que toman como eje fundamental a la hora de evaluar a quien le corresponde atribuirle el vínculo materno o paterno-filial.

En tal sentido se desarrolla el trabajo realizado por Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2010) "*haciendo alusión al inmenso cambio de criterios por el que esta transitando nuestra doctrina, señalan la opinión de algunos autores, entre los que se encuentra Malaurie (2003)*¹⁷, quien afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva ("verdadero padre es el que ama"); la biológica ("los lazos sagrados"); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual ("para ser padre o madre es necesario quererlo"); la del tiempo ("cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo"). Tal como lo exponen varios referentes del derecho brasileño, se estaría ante una filiación "socioafectiva", en la que el elemento volitivo observaría un espacio de mayor envergadura que el componente genético. Precisamente, esta superioridad de una frente a la otra se hace visible en el campo de la procreación asistida¹⁸".

La antropóloga francesa Françoise Héritier (1996), puso de resalto que: "*la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de antigüedad. Los niños ya no son necesariamente concebidos en él o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido*

¹⁶ FAMA, María Victoria - "*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*" - 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

¹⁷ MALAURIE, Philippe "*La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit de connaître ses origines. L'affaire Odièvre"*, La semaine juridique. Núm 26, 2003. p. 546.

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA HERRERA, MARISA LAMM, ELEONORA - "*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*" - Publicado en: LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1

nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico¹⁹”.

Y continúan diciendo Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2010) que, *“Una de las consecuencias de la reproducción sin sexo es la distinción entre paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética; también permite ir incorporando conceptos neutros, como filiación voluntaria, filiación biológica y filiación genética. En realidad, no es algo nuevo; ya existía en los procesos de adopción y también en las segundas nupcias de viudos/as con hijos o nuevas uniones por parte de personas separados/divorciados con hijos. Sin embargo, mientras en los casos de adopción y segundas nupcias, sobre todo, de viudos y viudas, los padres voluntarios o sociales sustituyen a los biológicos, en los casos de procreación asistida, no hay sustitución; las personas que participan en el proceso pertenecen a categorías diferentes: quienes inician el proceso porque desean y quieren ser padres (los padres voluntarios y legales), los donantes de esperma o de óvulos (progenitores genéticos); la mujer que recibe el óvulo fecundado (madre biológica); además, presenta diferentes posibilidades de combinación; por ejemplo, la madre biológica puede coincidir con la madre voluntaria pero no con la progenitora genética; la madre genética puede coincidir con la voluntaria pero no con la biológica, etc. Todos los participantes en el proceso están presentes y han de ser identificados para su ubicación social en el nuevo universo relacional generado, pero no todos ellos generarán un vínculo filial con el niño que nace del uso de las técnicas²⁰”.*

“El autor español Rivero Hernández (1987), entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, *“no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no — excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola — y sólo de ella. El hijo nace*

¹⁹ HERITIER, François, Masculin / Féminin. La pensée de la différence, Odile Jacob, París, 1996, citada por Comité Consultatif National d’Ethique de Francia. Opinión n° 90 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” en <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf> - LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA HERRERA, MARISA LAMM, ELEONORA - Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual - Publicado en: LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1

precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y, entiende el autor, que no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión²¹".

Para nuestro Código Civil, el avance científico y las posibilidades procreacionales que permite la reproducción asistida, la voluntad procreacional como fuente del derecho filial, escapa a la legislación por una cuestión lógica por la evolución propia de la sociedad y la ciencia, ya que en la época en que fue redactado estas cuestiones eran impensadas, por lo que el art. 240 solo reconoce dos tipos de filiaciones, la por naturaleza y la por adopción. (Art. 240, C. Civ.)

A modo de reflexión, lo que debemos tener en cuenta es que no solo es el elemento biológico el determinante de la filiación, esto se evidencia en la numerosa cantidad de casos de la vida cotidiana, algunos jurisprudenciales y otros que se mantienen en el anonimato, que contemplan la voluntad filiatoria, como es el hecho de quien inscribe a un hijo como propio sabiendo que no lo es.

Más allá de la opinión de los doctrinarios es una realidad, que el elemento volitivo, hoy en día tiene un peso mayor, puesto que la decisión de ser padre o madre es mucho más consistente que el simple hecho de dar a luz un niño, el cual como dijéramos, puede o no tener con su madre una conexión genética, evidentemente los avances científicos han revolucionado todos los conceptos reinantes hasta la actualidad.

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/IX a 2/X/1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 146. Citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA HERRERA, MARISA LAMM, ELEONORA - Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual - Publicado en: LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1

B - DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La maternidad subrogada surge a partir de 1978, en algunos estados de Estados Unidos a raíz de la fecundación in vitro. Eran programas que formaban a madres sustitutas que se ofrecían gestar para otros. Estos primeros contratos onerosos sentaron precedentes jurisprudenciales contradictorios y no generaban un vínculo entre las partes a la hora de hacer cumplir el acuerdo, puesto que fueron considerados contrarios a la intimidad de la gestante²².

Haciendo un paneo del panorama generalizado a nivel mundial, de la situación normativa en que se encuentra la maternidad subrogada, podemos efectuar una distinción en tres grandes grupos; es así como tenemos países que la regulan entre los que podemos encontrar algunos estados de los Estados Unidos, como es California, La Florida, entre otros, Brasil e India. De los países que la prohíben tenemos a Francia, España y Alemania, y los que aún se encuentran en un vacío legal son Rusia, Tailandia y Argentina, entre otros.

I. Países que legislan la maternidad subrogada.

I.I- Estados Unidos: En virtud de la conformación federativa de estados que componen la Unión de Estados Americanos, se presenta la particularidad de la diversificación legislativa propia de cada uno de ellos, teniendo de manera particular la potestad de legislar sobre derecho de familia de manera individual.

Dentro del reducido grupo de estados que legislan particularmente la maternidad subrogada se encuentra, California donde este tipo de acuerdos, ya sean contractuales o particulares, tienen amparo legal. Es importante destacar que la filiación se le otorga a los padres genéticos, es decir, los que han aportados los gametos para la fecundación del embrión, teniendo como fundamento el principio reinante en la actualidad, esto es “la voluntad procreacional”, es decir, ellos son, quienes toman la decisión de tener un hijo y es su iniciativa la que impulsa este tipo de contratación, llegando a ella solo en los casos en que habiendo agotado todas las vías naturales o de fertilización asistida, no logran concebir un hijo por sus propios medios.

²² FAMA, María Victoria - “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

Siguiendo la doctrina de la Dra. Famá (2011), se nombran algunos estados de la unión americana que “*se han adherido a la Uniform Parentage Act (UPA) del año 1973 y admitido estos convenios, aun con carácter oneroso. Tal es el caso de Delaware, Texas, Washington y Wyoming. En otros Estados, la solución varía según lo resuelto por la jurisprudencia, pues no es frecuente que existan normas explícitas sobre la materia. Uno de los Estados que contemplan permisivamente la maternidad subrogada es Florida, aunque sólo se la admite a favor de parejas heterosexuales y casadas. La situación es análoga en Texas, donde además se exige que, para ser eficaz, el contrato sea homologado judicialmente*”²³.

En cuanto a la jurisprudencia mas renombrada de los Estados Americanos, encontramos que en el Estado de Michigan, donde se estipula como delito el pago a cambio de la adopción de menores, en el caso “Doe versus Kelly”, se negó el cumplimiento de la prestación pecuniaria que reclamaba la madre gestante, en contraprestación por el alquiler de su vientre, aceptando solo el pago por los gastos ocasionados por la gestación. De igual modo, siguiendo esta premisa y en base a una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes del nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en el año 1981, ilegales los contratos de maternidad subrogada²⁴.

Uno de los casos más renombrados en EEUU fue el de “Baby M”, donde, se celebra en 1985, un contrato de maternidad subrogada, entre la Sra. Whitehead, su marido y el matrimonio Stern. La Sra. Whitehead se sometió a la inseminación artificial con el semen del Sr. Stern. Una vez nacido el niño, el 27 de marzo de 1986, la madre gestante se negó a entregarlo al matrimonio Stern. El 31 de mayo de 1987, después de un juicio de 32 días, el juez inferior Sorkow, declaró el contrato de subrogación válida y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de Baby M, al Sr. Stern. El juez Sorkow exigió el específico cumplimiento del contrato de subrogación, sobre la base de que era lo más ventajoso para Baby M. También concedió inmediatamente a la Sra. Stern una orden de adopción.

Sin embargo, ante la apelación presentada por la señora Whitehead, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey resolvió, el 3 de febrero de 1988, declarar nulo del contrato, por

²³ FAMA, María Victoria - “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

²⁴ CANO, María Eleonora - “*Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*”. Página: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> - - consultado en julio de 2011

infringir la legislación y la política pública estatal, en razón del lucro que mediaba entre las partes, confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la renuncia de los derechos y responsabilidad maternal que hiciera la Sra. Whitehead, por considerarlos que se encuentran instaurados dentro de los cánones del orden público. Además, requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a Baby M.

Como lo señala la Dra. Famá (2011), estas decisiones fueron variando según los casos y los tribunales que intervinieron. *“En efecto, la Corte Suprema de California, con fecha 20/05/1993, en el precedente “Johnson c. Calvert”²⁵, ante un conflicto suscitado entre el matrimonio que había aportado el material genético y la mujer gestante con quien habían suscripto un contrato oneroso a tales fines, estableció la filiación a favor del matrimonio, resaltándose que “el esposo y la esposa son los padres naturales del niño y que esta solución no afecta las constituciones estadual y federal y tampoco el orden público”. Para ello se tuvo en cuenta que si bien la mujer había dado a luz al nacido, la esposa había aportado su óvulo, de modo que el examen sanguíneo del niño la dio genéticamente como madre. En tal sentido, y haciendo asimismo alusión a la voluntad procreacional, se resaltó que “si bien la ley reconoce, tanto a la consanguinidad genética como al dar a luz, como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California, aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio”. Y se concluyó: “Cualquier derecho de maternidad que Anna pudiera invocar exitosamente sólo podría serlo a expensas de los derechos de Crispina. Tal como hemos visto, Anna no posee derechos de maternidad respecto del niño ante la ley de California y no ha logrado convencernos de que existan razones de orden público lo suficientemente fuertes para otorgarle un derecho a la compañía del niño en tanto ese derecho limitaría o afectaría necesariamente el vínculo de paternidad de que gozan Mark y Crispina”²⁶.*

A su vez, la Corte de Utah, con fecha 5/04/2002, en el caso “J.R.M.R. y W.K.J. vs. el Estado de Utah”, determinó que el Estatuto local de maternidad subrogada, por el cual se

²⁵ Corte Sup. California EE.UU. de A., 20/05/1993, "Johnson c. Calvert /1993 WL 167739 [Cal.]", JA 1995-I-440, con nota de WAGMAISTER, Adriana - LEVY, Lea, "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica"; citado en FAMA, María Victoria - *“Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”* – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

²⁶ FAMA, María Victoria - *“Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”* – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

confería automáticamente a la mujer gestante el estatus de madre legal, era inconstitucional aplicado a los padres genéticos - biológicos y los contratos y adopciones.²⁷”

Como puede apreciarse son muchos los conflictos que se suscitan en razón de este tipo de contrataciones, porque nos encontramos con derechos y obligaciones contrapuestas que afectan a los diferentes actores de estas situaciones, lo cual debe ser analizado en el caso particular, teniendo en cuenta la situación específica de cada uno de los afectados, puesto que así como el menor tiene derecho a conocer su realidad biológica, quien dona sus gametos para ser gestados por terceros, también tiene el derecho al resguardo de su identidad. Cómo lograr un equilibrio entre tantas aristas. Por eso es imprescindible un accionar responsable de cada uno de los que intervienen en estos acuerdos.

I.II- Brasil: en este país no existe una legislación específica sobre el tema, pero por resolución del Consejo Federal de Medicina, al tratar la gestación por sustitución establece, que: los centros médicos especializados podrán contemplar una gestación sustituta, cuando se dé en la donante de los gametos un impedimento válido y fehaciente para gestar de manera personal. Otro requisito es que la madre sustituta sea parte de la familia biológica de la donante, hasta un segundo grado de consanguinidad.

De no comprobarse todos estos requisitos el Consejo Regional de Medicina debe autorizar el tratamiento en particular y prohíbe toda contratación con carácter pecuniario, basándose en el principio fundamental que, el cuerpo humano, ya sea en todo en parte, no puede ser objeto dentro del comercio²⁸.

Para esta legislación, el resguardo fundamental recae sobre la madre gestante, ya que de ninguna manera deja al arbitrio de las partes la decisión para establecer ningún tipo de contratación pecuniaria entre ellas, así como tampoco la libertad para designar a una tercera extraña para gestar, en sustitución de la pareja impedida de hacerlo. Se evidencia así, el resguardo existente en torno a un tema tan delicado que podría recaer fácilmente en el comercio de menores, tanto por sustitución de madres, como por adopción directa, cuando la legislación no asume un control adecuado.

²⁷Citado por ARAUJO RODRÍGUEZ, Ana Lizbeth, "La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas" (2009), <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>.

²⁸ CANO, María Eleonora - "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada". Página: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> - - consultado en julio de 2011

I.III- India: Es uno de los países del mundo con mayor permisión respecto a la maternidad subrogada, no precisamente por poseer una legislación específica, sino todo lo contrario, las leyes son muy flexibles y se permite el alquiler de vientres a cambio de un valor económico. De hecho es uno de los lugares con mayor “turismo procreacional”, de los países asiáticos mayoritariamente.

La Dra. Perez, Fernanda (2011), nos relata en su trabajo un caso muy particular sucedido en este país: *“En 2007, un matrimonio japonés viajó a India con el objeto de suscribir un contrato de subrogancia materna. El embrión implantado a la madre subrogada fue conformado por el óvulo de una donante india y espermatozoides del hombre de la pareja. Sin embargo, un mes antes de producirse el nacimiento, el matrimonio japonés se divorció.*

El conflicto se plantea a raíz de que la madre contratante, luego del divorcio y por no tener vínculo biológico ni genético, así como tampoco legal, ya que éste se adquiere a través de la adopción, desistió de tener a la recién nacida, llamada Manji. No obstante ello, el padre contratante se trasladó a India con el objeto de adoptar a Manji, sin embargo se topó con una ley local, que prohíbe a hombres solteros realizar la adopción de un nacido o niña de sexo femenino. Por tal razón, el padre contratante intentó obtener el pasaporte de Manji en su país de origen, pero el gobierno japonés se negó a otorgarlo y a reconocerla como ciudadana japonesa, debido a que el Código Japonés reconoce como madre de un nacido, a quien le dio a luz y no reconoce la subrogación como práctica.

Manji fue dada a luz por una mujer de origen indio y por tal motivo, Japón rechazó el otorgamiento del pasaporte a Manji. Ante esta situación, el padre contratante intentó obtener el pasaporte en India, para lo cual es necesario primeramente obtener el certificado de nacimiento. Dicho documento requiere la registración de los nombres de la madre y el padre del nacido; si bien la clínica que medió para la subrogación materna certificó la identidad del padre de Manji (padre contratante), en el registro no supieron a quien consignar como su madre, si a la madre contratante, a la madre gestante o subrogada, o a la donante del óvulo; por tal motivo fue negado a Manji el otorgamiento de su certificado de nacimiento y, por consiguiente, su pasaporte.

Mientras se buscaba resolver la situación, la madre del padre contratante y abuela de Manji, viajó a India para cuidar a Manji en el hospital ya que se encontraba recuperándose de haber padecido septicemia e infecciones virales y solicitó la custodia de Manji hasta que la misma pueda ser asumida por su padre.

Finalmente, a tres meses del nacimiento de Manji, en India resolvieron otorgar un certificado de nacimiento excepcional, válido para Japón, en el que solamente consta el nombre de su padre contratante de origen japonés, y por lo tanto, posibilitaron la obtención del pasaporte para que pueda viajar junto con su padre a Japón y gestionar allí su ciudadanía. Al año del nacimiento de Manji, aún no contaba con ciudadanía japonesa y su visa había vencido en octubre del año 2009.²⁹”.

En este caso, que fue uno de los primeros ocurridos en aquel país, hubo situaciones que fueron de imposible resolución por parte de los tribunales locales, debido a que no existía una regulación que contemplara muchas de las posibilidades que se presentaban ante un caso de maternidad subrogada.

En la actualidad, la legislación ha avanzado, es así como se contempla la subrogación de un vientre, a cambio de un precio, contrato de por medio entre los comitentes y la madre gestante. Siendo uno de los requisitos, que esta madre portadora no debe aportar su óvulo para la gestación, es decir que no debe tener ninguna conexión biológica con el niño que gesta para otro u otros.

Muchos son los interrogantes, si analizáramos la realidad de aquel país, comparándola con la de los países occidentales, pero es muy probable que justamente debido a esa realidad tan diferente que viven, con su espiritualidad fundamentalmente, quizá sea esa una de las razones por las cuales estas madres subrogantes, son capaces de desprenderse de estas criaturas, en pos del bienestar de otras personas impedidas de procrear.

²⁹ PÉREZ, FERNANDA V. – “*Maternidad subrogada*” - Publicado el 21-mar-2011 Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 – FUENTE: MICROJURIS.COM - - consultado en julio de 2011

II. Países que prohíben la maternidad subrogada.

II.I. Francia: Si bien, en este país hoy en día existen contados avances respecto a la permisión o al menos tolerancia de la maternidad por sustitución, debido a los trabajos realizados sobre reproducción asistida, el Código Penal francés, prohíbe expresamente la maternidad por sustitución, y cualquier contratación entre la madre portadora y el matrimonio comitente, son declarados contrarios al orden público, en resguardo de la integridad de la persona humana. El Comité Nacional de Ética Francesa, rechaza rotundamente estas prácticas contractuales, avalado por la propia legislación del estado que lo prohíbe específicamente.

Siguiendo a la Dra. Famá (2011), hacemos referencia al siguiente caso: “La Corte de Casación francesa, en un fallo del 13/12/1989, respecto de un caso en el que se demandaba a una institución cuyo objeto era proponer madres sustitutas inseminadas artificialmente a cambio de un precio determinado, resolvió que: *“es ilícito el objeto de la asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público e indisponibilidad del estado de las personas a través de una renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de la asociación conlleva el alejamiento del espíritu del instituto de la adopción, en tanto crea una situación de abandono. El derecho de casarse y fundar una familia no implica el derecho de concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño por nacer, no siguiéndose de ello que se esté instaurando una discriminación en razón del nacimiento”*.³⁰”

“Sin embargo, esta postura terminante parece haber comenzado a flexibilizarse en los últimos tiempos, si se advierte que existe un proyecto en Francia de legalizar las prácticas de maternidad subrogada, y la jurisprudencia ya ha dado un primer paso al respecto. Se trata del fallo de la Corte de Apelaciones de París, de 25/10/2007, que determinó la maternidad y paternidad respectiva de un matrimonio que había formalizado un contrato de maternidad subrogada en California en el año 2000. Luego de varios años de disputas legales e incluso de acusaciones penales por “adopción fraudulenta”, la citada Corte validó la documentación norteamericana que designaba a Dominique y Sylvie como progenitores de las dos niñas nacidas

³⁰ FAMA, María Victoria - “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

en tal contexto, subrayándose que “la no inscripción de las actas de nacimiento tendrá consecuencias contrarias al interés superior de las niñas”³¹”.

Si bien, en países como estos, donde la legislación es muy estricta con respecto a las contrataciones internas de sus nacionales, prohibiendo de manera rotunda cualquier tipo de contratación que tenga como objeto la subrogación del vientre de otra nacional, es claro que en situaciones, donde el derecho internacional juega un papel muy importante, como es el caso de niños nacidos por subrogación en otros países, en que se permite, el derecho francés no podría negar a esos niños y sus padres comitentes, el derecho a formar una familia en su propio territorio.

De este modo los niños son aceptados, dentro del derecho francés como hijos de los que subrogaron en el extranjero, puesto que ya ingresan al país como hijos legítimos, además de la existencia fundamental del interés superior del niño y su calidad de vida. Derecho que no podría ser afectado, bajo ningún concepto.

II.II. España: “En este país, ya con la Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), se prohibió la maternidad por sustitución en su Capítulo III, Art. 10, que rezaba: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.* 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”³²”. La posterior ley 14/2006, en su articulado establece la misma prohibición.

Por otro lado, a pesar de dicha prohibición expresa, siguiendo a la autora Fama (2011), en su análisis, en el año 2009 por resolución da Dirección General del registro Civil español, se deja sin efecto la disposición consular del Registro Civil en los Ángeles (EEUU), y se ordena la inscripción de dos niños nacidos por maternidad subrogada, determinando la paternidad de dos varones, que habían contraído matrimonio en Valencia en el 2003. Los fundamentos de tal

³¹ FAMA, María Victoria - “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

³² NOTICIAS JURIDICAS: BASE DE DATOS – LEGISLACION: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. (Vigente hasta el 28 de mayo de 2006) – consultado en junio de 2012 – http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-135-1988.html

aceptación se plantearon como un caso de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, es decir lo que ya estaba establecido en el lugar de origen de los menores en este caso California, debía ser tomado como válido en el lugar de origen del matrimonio, teniendo en cuenta los protocolos internacionales de validez de resoluciones extranjeras en el territorio español, para lo cual se requiere que supere los controles de legalidad exigidos por el derecho internacional interno del país, es decir los modos de forma y competencia de la autoridad de la cual emanan, que en este caso eran correctos.

Por otra parte y dentro de las mismas formalidades exigidas la certificación registral de California no vulnera el orden público internacional, ni lesiona los principios jurídicos básicos del derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Teniendo en cuenta que en España está permitido el matrimonio igualitario y por tanto se permite la filiación de hijos adoptivos de matrimonios homoparentales. Por lo que no aceptar la inscripción de los niños nacidos en California, atentaría el interés superior del niño, ya que se les estaría negando el derecho a la identidad, puesto que ostentarían diferentes identidades según el país en que se encuentren.

Esta decisión fue apelada por el Fiscal, recurso que fue acogido en fecha 17/09/2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, que ordenó anular la inscripción en el Registro Civil de los mellizos de un matrimonio del mismo sexo concebidos por alquiler de vientre, al afirmar que este método de gestación está prohibido por la legislación española.

Lo que dio lugar a que el 5 de octubre de 2010 se dictara una Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado, reglamentando la inscripción registral de los niños nacidos mediante maternidad subrogada en países extranjeros, de matrimonios españoles que hayan accedido a la maternidad o paternidad. Las directrices son: *“Primera. 1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. 2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al*

mencionado procedimiento de exequátur. 3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado. Segunda. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (ver versión digital)³³.

Los fundamentos esta Instrucción son los siguientes: “Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de

³³ Apelación por Fiscal en Valencia - compulsada el 23/09/2010 // BOE-A-2010-15317, de 7/10/2010, <http://www.boe.es> – Instrucción del DGRyN, <http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20100917/54004960713/anulan-el-registro-de-los-hijos-de-un-matrimonio-gay-concebidos-por-una-madre-de-alquiler.html> citado en FAMA, María Victoria - “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7º, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño...”³⁴. De igual modo se destaca que: “Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres³⁵”. También se deja claro que: “La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores³⁶”. Y por último se resalta el interés fundamental de la norma ya que: “Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España³⁷”.

III.III. Alemania: La legislación alemana prohíbe expresamente la maternidad por sustitución, con la sanción de la ley de Protección del Embrión N° 745/90, que en su articulado sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción. Y así en su artículo primero dice:

“1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien

³⁴ Apelación por Fiscal en Valencia - compulsada el 23/09/2010 // BOE-A-2010-15317, de 7/10/2010, <http://www.boe.es> – Instrucción del DGRyN, <http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20100917/54004960713/anulan-el-registro-de-los-hijos-de-un-matrimonio-gay-concebidos-por-una-madre-de-alquiler.html>

³⁵ Idem, referencia 33, pag. Ss.

³⁶ Idem, referencia 33, pag. Ss.

³⁷ Idem, referencia 33, pag. Ss.

proviene el óvulo; 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo; 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo; 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo; 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

2. Será sancionado con las mismas penas: 1) Quien favoreciera la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o. 2) Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

3. No serán sancionadas: 1) En los casos contemplados en el párrafo 1, incs. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión. 2) En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva. 4. En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 6 y párrafo 2, la tentativa es pasible de sanción penal.”³⁸

Por lo dispuesto se sanciona tanto a la mujer que pretende realizar este tipo de transferencias embrionarias para su gestación en otra mujer como también se sanciona a los profesionales de la medicina que realicen este tipo de prácticas, no así a la madre sustituta, que queda impune.

Es evidente la fuerte influencia de principios religiosos y morales, como así también los fundamentos de la bioética, que imperan en esta legislación, la maternidad claramente continua siendo determinada por el hecho del parto y esta es la razón por la cual no se castiga a la madre sustituta, ya que es quien deberá hacerse cargo del niño nacido.

Pero si se realiza un análisis más profundo se observa cómo, quien ha decidido alquilar o prestar su vientre para que alguien más sea madre o padre, con la finalidad de entregar al niño

³⁸Ley de Protección del Embrión N° 745/90 Alemania en vigencia desde el 1° de Enero del año 1991 – Pagina Web: *(versión digital)* http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014 – Consultado en Julio de 2012.

una vez nacido y que puede o no tener una conexión biológica con la madre gestante, debe luego hacerse cargo de ese niño, puesto que, para la ley es su madre, quedando así de algún modo atada a un niño que no tenía intenciones de criar, esto por un lado desalienta eficazmente los pactos de sustitución de vientre, pero por otro, lado ante el hecho consumado, no prescribe una protección válida del interés del menor dejándolo a cargo de quien no tenía intenciones de ser su madre, con todos los riesgos que ello implica tratándose de la parte más débil en estas situaciones.

III. Países que no legislan la maternidad subrogada.

III.I. Rusia: No posee leyes que regulen de manera expresa el alquiler de vientres o la maternidad subrogada.

La legislación sobre Protección de la Salud Pública y el Código de Familia, prevén que este tipo de prácticas pueden ser utilizadas solo por matrimonios oficiales, pero al tratarse de personas solas o matrimonios civiles la ley nada dice.

Tratándose de alquiler de vientre los padres comitentes y siempre que hayan aportado sus gametos, pueden ser inscriptos como padres, previa autorización de la madre sustituta, es decir se realiza una especie de adopción directa, a favor de los contratantes y recién a partir de ese momento tienen derecho sobre el niño nacido, no así antes. Por lo que existe una desprotección plena para ellos, mientras dura la gestación. Los padres aportantes, no pueden exigir el resguardo o debido cuidado del niño por nacer, a pesar de que sea producto de sus gametos fecundados en la madre sustituta, quien conserva toda libertad para llevar o no adelante el embarazo.

Tampoco se define la situación del niño, en caso de que uno de los progenitores genéticos muriera, o bien se produjera el divorcio del matrimonio comitente, antes del nacimiento del niño.

Recientemente en Moscú, se produjo la primer inscripción de un niño nacido por maternidad subrogada, que fuera hijo de un hombre soltero de 55 años, luego de una larga lucha

en los tribunales, se logro la filiación del niño a favor de su padre genético, el vacío legal es evidente³⁹.

III.II. Tailandia: Aquí se presenta un panorama muy estremecedor, debido tráfico de mujeres para ser utilizadas como madres sustitutas.

La falta de legislación hace que el amparo legal, ante semejante atrocidades, sea nulo, por lo que, las autoridades han decidido regular la maternidad subrogada permitiéndola, solo en los casos que no sea a cambio de un valor económico y el niño nacido por este medio, será entregado a quien sea su padre genético, quien recibirá la custodia del menor.

También se prohíbe el pago de una indemnización económica o de cualquier tipo, a la madre gestante, así como también a la clínica o profesionales que intervengan en el tratamiento.

La critica a esta iniciativa se da sobre todo, en lo que respecta a la prohibición explícita de la contraprestación pecuniaria a la madre sustituta, ya que se entiende que, ella debe por una cuestión de necesidad, recibir la ayuda adecuada para llevar adelante un embarazo optimo, además de que es innegable el riesgo propio de los pagos ocultos, por lo que resultaría más apropiado, en vez de prohibirlos por completo, permitirlos de manera controlada, estableciendo límites claros, de montos específicos⁴⁰.

III.III. Argentina: En nuestro país actualmente no existe una regulación vigente, tanto para la inseminación artificial, como mucho menos para la maternidad subrogada.

La doctrina mayoritaria, entre los que se encuentran, calificados juristas como Zannoni (2012)⁴¹, sostiene que la maternidad subrogada pertenece al ámbito de lo inmoral, siendo partidarios de que, un contrato de este tipo es nulo ipso facto, teniendo como fundamento principal el artículo 953 del Código Civil, que declara el objeto de este tipo de contrataciones como ilícito y contrario a las buenas costumbres.

³⁹ Fuente Periódística: <http://actualidad.rt.com/sociedad/view/18778-Nace-primer-ni%C3%B1o-sin-madre-en-Rusia> – SEPA MAS – Publicado el 26 de Octubre de 2010.

⁴⁰ Fuente: SURROGAT-INFO: TRÁFICO ALIANZA ANTI COMENTARIOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ASIA - <http://www.surrogat.info/es/alliance-anti-traffic-kommenterar-surrogatmodraskap-i-asien/#more-171> – Publicado el 28 de marzo de 2012

⁴¹ ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil y derecho de Familia.", editorial AESTRA – Bs. As. Argentina - 2012

Zannoni (2012), por su parte argumenta que las madres sustitutas son objeto de explotación y utilizadas para la prestación de un servicio; con respecto al niño estos acuerdos vulneran su derecho a la identidad; en cuanto a este tipo de contrato dice, que crean incertidumbre para determinar la relación maternofilial, puesto que existen madres biológicas gestantes y genéticas, provocando una puja de intereses entre ellas, y el hijo sería visto como un objeto contractual entre las diferentes partes; colocándolo en el lugar de la cosa debida⁴².

Estas posturas se enrolan entre quienes condenan la existencia de este tipo de contrataciones, donde existe una contraprestación onerosa. Por su parte, otros autores con una postura intermedia a la cual adhieren entre otros la doctora Fama (2011), interpretan que podrían ser aceptados los acuerdos de maternidad por sustitución siempre que se realicen de una manera gratuita, siguiendo el principio de solidaridad familiar y afectiva, como es el caso de cuando una amiga, hermana, o cualquier familiar cercano ponen a disposición su vientre para llevar adelante el embarazo de la madre que ha expresado su voluntad procreacional.

Recientemente se anunció el proyecto de reforma para la unificación del Código Civil y Comercial, donde se contemplan numerosas y significativas reformas de fondo, entre las que se encuentra la regulación de la maternidad subrogada, denominándola como “gestación por sustitución”.

Este proyecto de reforma, es a las claras un avance muy significativo, en cuanto a las nuevas técnicas de reproducción asistida, que se encuentran a disposición, para subsanar los problemas de infertilidad. La voluntad procreacional es el elemento fundamental que se tiene en cuenta a la hora de determinar la filiación del niño con sus padres, que hayan optado por este tipo de técnicas reproductivas, ya sea por inseminación artificial o bien la gestación por sustitución, en caso que la madre o la pareja comitente, no puedan llevar a cabo un embarazo a término, y esto quede debidamente comprobado.

Es así como, el vínculo genético ya no es determinante a la hora de establecer la filiación, entre el niño nacido y los padres que se han sometido a técnicas reproductivas artificiales, sino el consentimiento de quienes o quien ha tenido la voluntad expresa de que ese niño naciera.

⁴² Ídem. Referencia 40. Pag. Ss.

Esto nos colocaría en la vanguardia de los países latinoamericanos que en su gran mayoría, no han legislado al respecto. Por lo pronto, solo resta esperar su aprobación legislativa que en vista del actual espíritu reinante por las últimas reformas acaecidas en nuestra legislación, como por ejemplo la ley de matrimonio igualitario y la ley de identidad de género, seguramente será favorable.

CAPITULO II
CONTEXTO SOCIAL

A - REALIDAD Y NECESIDADES.

I. Posiciones Doctrinarias.

Los primeros antecedentes doctrinarios en nuestro país se remontan a 1989 en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en donde hubo posiciones extremadamente encontradas, hasta la actualidad, en que si bien continúan existiendo opiniones contrapuestas, la gran mayoría se inclina por la aceptación de la maternidad por sustitución, no onerosa, impulsados casi obligatoriamente por los avances científicos y la realidad social reinante.

Haciendo un breve recorrido de la doctrina nacional partimos de las mencionadas jornadas en donde se dijo que: *“la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”*. Gustavo Bossert, por el contrario admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y por lo tanto no exigible judicialmente⁴³. En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, los Dres. Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, afirmaron que *“la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio”*. En sentido opuesto, los Dres. Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que *“este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa fin ilícitos”*.⁴⁴

Por su parte, Zannoni como ya vimos, en cuanto a la admisibilidad o no de la maternidad subrogada, sostiene que en virtud del artículo 953 se trataría de un contrato nulo por tener objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres. Otros autores, entre ellos quienes forman parte del anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil y Comercial, como el Dr. Lorenzetti, por el contrario son contestes en aceptar este tipo de contratación cuando se realiza de manera altruista.

⁴³ PARELLADA, CARLOS A. *“Una aproximación del Derecho de Daños, frente al manipuleo genético”*, en VV.AA, Derecho de Familia, libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1990

⁴⁴ CANO, María Eleonora - *“Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”*. Página: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> - - consultado en julio de 2011

II. Antecedentes jurisprudenciales:

En razón de que nuestra legislación aun no regula lo que a maternidad por sustitución se refiere, no existen casos jurisprudenciales específicos, que resuelvan este tipo de controversias, pero sí existen precedentes que de forma indirecta abordan el tema, como es el caso de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Corrientes en el fallo: L. A. del C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo – 28/03/12, que *“decidió revocar la demanda de primer grado para, en mérito de ello, desestimar la demanda de amparo promovida por la Sra. A. del C. L. y su esposo a fin de que se obligue a la obra social de la cual aquella es afiliada (la demandada UPCN) al pago de los costos de un tratamiento de fertilización in vitro a practicarse con ovodonación.”*

“Para así decidir, el pronunciamiento de la Alzada consideró, en lo que resulta de interés a los fines de la impugnación extraordinaria deducida contra él, improponible la demanda, con fundamento en que el método de la ovodonación se halla en pugna con el derecho vigente. (...) se expresó al respecto, que de conformidad con el artículo 240 del Código Civil, la filiación solo puede tener lugar por naturaleza- matrimonial o extramatrimonial- o por adopción; subrayó que la filiación por naturaleza presupone un vínculo biológico entre el hijo y sus padres, mientras que en la hipótesis del caso no existirá adopción ni filiación por nexo biológico, toda vez que el fruto del semen del cónyuge de la amparista y del óvulo de la donante no será el hijo biológico o "natural" (en el sentido empleado por el art. 240 del cód. civil) de la Sra. L.”

“Agregó que no existe norma alguna que autorice tal relación de filiación, y que los jueces no pueden ponerse en pugna con una norma de orden público que expresamente consagra los dos únicos modos en que se establece el vínculo de la filiación. Añadió que si la donación de óvulos establecerá de consiguiente una relación de filiación reñida con la ley, a la demanda del caso le alcanza las previsiones del artículo 953 del Código Civil. Conforme al cual el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes.”

“Motivo por el cual concluyó que la concreta pretensión era manifiestamente "nula" (rectius: improponible), y que correspondía así declararla aun de oficio, con arreglo a la doctrina que emerge del art. 1047 del Cód. Civil. Abundando recordó que el Código Penal sanciona como delito a quien por cualquier acto "hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de 10 años" (art. 139, inc.2°), y calificó a la conducta de los demandantes de autos, tendiente a suprimir la maternidad que es de la donante del óvulo, para sustituirla por la de la actora, de próxima a la acción material tipificada en tal norma del derecho penal.⁴⁵”.

En el mismo fallo, “por su parte el Dr. Benítez Meabe, consideró en primer lugar que el principio alterum non laedere establecido implícitamente en el art. 19 de la Constitución Nacional prohíbe perjudicar los derechos de un tercero, razonando que el embrión humano es una persona por nacer en los términos del art. 54 inc. 1 del Cód. Civil y como tal goza de la protección del orden jurídico, incluso de la Constitución Nacional aunque no esté expresamente establecido, y estimó que el tratamiento de fertilización asistida afecta el derecho de los embriones concebidos por la utilización de técnicas extracorpóreas, poniendo en riesgo su vida y salud. Destacó que de acuerdo la documentación aportada en el escrito inicial, se le transfirieron en una oportunidad a la actora embriones provenientes de ovodonación, y habiendo fracasado el intento, desconoce la suerte que corrieron aquellos. Ante el diagnóstico efectuado a la amparista "Tiroiditis de Hashimoto" y la imposibilidad de obtener óvulos, se le indicó la ovodonación como única hipótesis; situación que puso al sentenciante en lo que considera una "delicada situación de derecho" ya que el fruto del semen del Sr. V. y la donante no será hijo "natural" de la Sra. L., no existiendo norma legal que autorice tal relación de derecho de familia.”

“Además, resaltó que el art. 139 inc. 2o del Cód. Penal sanciona como delito a quién por cualquier acto hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de 10 años; agregando que si la donación de óvulos es para establecer una situación reñida con la ley, le alcanza las previsiones del art. 953 del Cód. Civil.”

⁴⁵ L. A. del C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo - Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes - 28-mar-2012 - Cita: MJ-JU-M-71768-AR | MJJ71768 | MJJ71768 – FUENTE: MICROJURIS.COM

“En otro orden de cosas, refirió que la prestación médica solicitada no se encuentra incluida en el programa de prestaciones medico-asistenciales para sus afiliados ni en las prestaciones médicas obligatorias, por lo tanto, no puede luego la amparista -invocando un derecho genérico a la salud reproductiva- solicitar prestaciones de alta complejidad que, además de encontrarse excluidas del programa de la obra social, están reñidas con el derecho vigente. Juzgó acertada su exclusión, toda vez que el tratamiento de fertilización asistida no constituye un mecanismo terapéutico ya que la infertilidad no se cura, aún cuando logre llevar en su seno un hijo de su marido y de una donante cuya identidad desconoce.”

“Reprochó finalmente la práctica solicitada fundado en la "ética" y en "principios religiosos", pronunciándose por la revocación de la sentencia de primera instancia y por ende por el rechazo de la acción de amparo, aún cuando por vía de hipótesis pudiese realizarse un fecundación homóloga, es decir con los elementos que aportan los cónyuges, por tratarse de un procedimiento que puede lesionar el derecho a la vida de las personas o ponerla en riesgo y porque el tratamiento se encuentra excluido del programa aprobado por la Obra Social.”⁴⁶

De este modo en el caso, A. H. C. Z. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo, se resolvió denegar por fallo dividido, el pedido de la actora que solicitaba la cobertura total del tratamiento de ovoimplantación, por parte de su obra social. La razón fundante es que, tanto la infertilidad como enfermedad o patología médica, como las técnicas para subsanarla, no se encuentran reguladas dentro de lo que deben cubrir las obras sociales, puesto que la infertilidad al igual que otras tantas cuestiones de la salud, no son tomadas como una enfermedad del ser humano.

Por su parte, en el mismo fallo, los doctores Guillermo Alberto Antelo y Ricardo Gustavo Recondo fueron contestes en afirmar que: *“Respecto de la ovodonación, se advierte que es una práctica que excede el marco de la técnica de fertilización asistida ya que requiere la donación de óvulos efectuada por una tercera persona a fin de que la misma pueda llevarse a cabo. De más está decir que no hay norma alguna que avale la cobertura del tratamiento requerido, y que éste no es equiparable al proceso de fertilización.”*

⁴⁶ L. A. del C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/ amparo - Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes - 28-mar-2012 - Cita: MJ-JU-M-71768-AR | MJJ71768 | MJJ71768 – FUENTE: MICROJURIS.COM

“La incorporación en las políticas de salud de técnicas de donación de óvulos o esperma requiere de un régimen legal específico avalado por un consenso médico, ético y económico que exceden el marco del ámbito judicial. Por sobre todo, dichas cuestiones importan complejos y delicados debates legales, éticos y morales que abarcan, desde el derecho de la persona nacida (producto de una donación de óvulos o esperma) de conocer o no a su progenitor biológico, o del donante de conocer a dicha persona o de mantener su anonimato, hasta las eventuales acciones legales para reclamar o impugnar la maternidad/paternidad, y la correspondiente intervención y representación del Ministerio Pupilar. Sólo un adecuado marco legislativo resulta idóneo para contemplar todos esos aspectos que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos (conf. esta Sala, causa 7957/08 del 30-10-08).”

“A esta altura resulta necesario aclarar que, si bien esta Sala ha otorgado la cobertura del 50% del costo del tratamiento de fertilización in Vitro, se trata de casos en los que los actores acreditan el padecimiento de "infertilidad" y su imposibilidad de procrear por vías naturales, y no de aquéllos en los que se requiere la donación de "óvulos o "esperma" de terceras personas, por dificultades de los propios interesados. Así, pues, se trata de una cuestión que trasciende la mera técnica de fertilización asistida. (...) En conclusión, no se ha acreditado la existencia de arbitrariedad o ilegalidad en la actuación de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación al haberse negado a cubrir el tratamiento de fertilización requerido en los términos del escrito inicial (CN, arts. 19, 31 y 43 ; Ley 16.986, art. 17 y CPCCN, art. 34, inc. 4º). Por ello, SE RESUELVE: confirmar la resolución apelada, con costas por su orden (art. 68, 2º pár. del CPCCN).”

Por su parte la Dra. Graciela Medina, vocal en el mismo fallo, dijo: *“(…) IV. Sin perjuicio de los fundamentos vertidos tanto por el magistrado actuante en primera instancia como por mis distinguidos colegas de ésta Sala, estimo que el derecho de la parte actora a la cobertura total del tratamiento requerido surge prima facie acreditado de una interpretación armónica de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y de las leyes que los reglamentan; normas que obligatoriamente las empresas de medicina prepaga y obras sociales deben cumplir. V. De ello surgen tres cuestiones fundamentales: 1) Si bien es cierto que no existe una legislación específica que regule las técnicas de fertilización asistida, no es menos cierto que no hay norma legal que las prohíba en forma expresa; por lo cual no puede*

limitarse o restringirse un derecho que la ley expresamente no determine. 2) Ha determinado la Corte Suprema de Justicia que si aceptamos que la fertilidad queda incluida en el concepto de salud, su protección deviene operativa (conf. Fallos: 315:1492, considerando 20), por lo que la omisión de incluir los tratamientos de fertilización asistida dentro del Programa Médico Obligatorio importa la afectación del derecho aludido. 3) Que en el caso existe "urgencia vital", la que se da cuando existe situación de riesgo inminente de perder la vida o cuando el retraso en la demora en la obtención de la práctica médica recomendada pudiera producir un daño grave e irreparable en la salud. Es decir, la actora reclama un tratamiento de fertilización asistida que no se encuentra prohibido por la ley vigente, que comprende y compromete su derecho a la salud, cuya protección debe disponer el Superior Tribunal de la Nación y que acciona por la vía que la Constitución Nacional habilita para éstos casos, puesto que la demora en la obtención de la práctica médica solicitada atenta contra su posibilidad de procrear. VI. Creo conveniente recordar que los métodos de Fertilización in Vitro e ICSI pueden dar lugar a diversas combinaciones procreativas; Pueden ser "homólogas" o "endógena" cuando el material biológico utilizado pertenece a los miembros de la pareja o puede ser "heteróloga" o "exógena" cuando se utiliza material biológico de un tercero. En este último supuesto puede ocurrir que exista un Dador de semen. y/o Dadora de ovocito y/o Doble donación de gametos; que representa el caso donde el semen y ovocito se obtienen de donantes, y el embrión concebido en probeta se implanta en el útero de la mujer comitente (que será la madre social, y su esposo o compañero el padre social). Ninguna de estas técnicas se encuentra prohibida en nuestro país. En efecto, en la Argentina no existe regulación legal de las técnicas de procreación asistida, por lo tanto, en principio, no hay límite alguno para su aplicación; incluso la eliminación de embriones no constituye aborto, ni tampoco es actualmente un hecho penalmente incriminado. Desde luego, existe el límite que imponen los principios generales del Código Civil, la Constitución Nacional y las normas supranacionales que integran nuestro orden constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.: Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-; Convención sobre los Derechos del Niño), los cuales exigen y garantizan el respeto a los derechos esenciales de la persona humana. Actualmente funcionan numerosas clínicas dedicadas a la fecundación asistida en las principales ciudades del país - entre las cuales se encuentra Halitus SA a la cual recurre la actora-, hay bancos de gametos y de embriones, hay miles de niños nacidos de estas técnicas, y según datos de la Sociedad

Argentina de Esterilidad y Fertilidad, la efectividad de la aplicación de las mismas llega al 25/30%.”

“La técnica cuya cobertura es solicitada por la accionante no se encuentra prohibida, y se realiza en forma corriente. Esto implica que si una persona cuenta con los medios económicos suficientes para pagar una ICSI con ovodonación, como no existe impedimento legal alguno para su realización, va a poder acceder a ella. No se advierte porque en el caso que la técnica deba ser pagada por la Obra Social la salud reproductiva de la mujer va a tener limitaciones para la concepción mediante ovodonación, en base a dificultades interpretativas sobre el principio de la vida humana o del derecho del niño a conocer su identidad biológica o la forma de configuración de la maternidad. Ni uno, ni otro principio pueden impedir que la mujer solucione su problema de salud si tiene capacidad financiera para hacerlo, lo que indica a las claras que la técnica no es inmoral, ni ofende el orden público porque de ser así a las clínicas que las realizan se les negaría la licencia para funcionar. De esto se desprende una doble sanción para la mujer, la primera es la sanción de la naturaleza que le impide procrear naturalmente, la segunda es la sanción de los jueces que por indefinición de principios, le niegan el acceso a las técnicas que le solucionarían su problema de salud reproductiva y le permitirían concebir. La sanción de la naturaleza, genera dolor, mientras que la sanción de los jueces que prohíben lo no prohibido genera injusticia. Así la víctima de la esterilidad, que recurre a la justicia estérilmente es nuevamente revictimizada.”

“VII. Me permito agregar al relato; que el artículo 42 de la ley 26.618 establece que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo. En tal sentido no se advierte porque en el caso de pareja de lesbianas se pueda acceder a técnicas heterólogas (que son las únicas que pueden

realizarse) con semen de donante y a la ovodonación de una de ellas a la otra para que lleve adelante el embarazo y en el caso de parejas heterosexuales se interprete que sólo es posible la realización de las técnicas homólogas y no a las heterólogas. Impedir a los matrimonios heterosexuales aquello que le está permitido a los matrimonios entre personas de igual sexo, es contrario al artículo 42 de la ley 26.618, violenta el principio de igualdad y genera situaciones arbitrarias otorgando mejor derechos a quienes no quieren procrear naturalmente por su inclinación sexual, que a quienes no pueden procrear naturalmente por una enfermedad que puede ser remediada. Adviértase que al regular el matrimonio homosexual la ley 26.618 expresamente admitió la filiación matrimonial de las parejas de igual sexo en al menos dos disposiciones, una es en el artículo 37 que modifica el artículo 4 de la ley 18.248 alude a "Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo" y el otro es el artículo 36. que sustituye el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, que también hace referencia a hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo. En éste contexto, la única forma que tienen las parejas de personas de igual sexo mujeres de tener un hijo sin violar el deber de fidelidad es mediante las técnicas de fecundación asistida heterólogas con semen de donante y la mayor de las veces con ovodonación de una de las mujeres a la otra. Esto ha sido reconocido y aceptado por la jurisprudencia de nuestros tribunales que han obligado a las obras sociales a hacerse cargo del tratamiento de fecundación asistida (conf. Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; "M. del P. C. y otra c. GCBA"; 07/04/2011; Publicado en La Ley 2011-C, 370 y Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; "P., M. E. y Otros c. OSCBA"; 24/11/2009; Publicado en Revista de Derecho de Familia y Persona; Ed. La Ley; Enero 2010)."

"En resumen, si las técnicas heterólogas se admiten para mujeres que puede naturalmente procrear pero no quieren hacerlo por su orientación sexual, y se condena a las prestadoras de salud a realizar el tratamiento, resulta injusto que no se autorice a las parejas heterosexuales que por problemas de salud no pueden procrear. VIII. Sumado a ello, debe considerarse que dado la edad de C. (43 años) en el caso existe una "urgencia vital" ya que de no proveerse el tratamiento requerido, el daño es irreparable porque se niega totalmente el derecho a la procreación. A ello debe adicionarse que el amparo es la vía adecuada para tratar el caso, pues hallándose comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud, no existe para el caso una vía procesal más idónea para su tutela (conf."El amparo y el derecho

adquirido a una mejor calidad de vida", por Susana Albanese, nota a fallo en LA LEY, 1991-D, 77; así como "Constitución, familia y bioética", por Pedro Di Lella, nota a fallo publicada en JA, rev. del 26.2.97 respecto de la sentencia expedida en 28.6.96 por el titular del Juzgado Criminal y Correccional n° 3 de Mar del Plata; igualmente Germán Bidart Campos, "Una prestación de salud justamente discernida por vía de amparo", ED, revista del 5.11.91; así como Ricardo Lorenzetti, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 308 y ss.)."

"IX. Por último he de resaltar que en el voto firmado por la mayoría de los vocales de este Tribunal se cita la perturbación al derecho a la identidad como fundamento para denegar la cobertura de la realización de la técnica de fertilización asistida con material ajeno al de los miembros de la pareja. Por mi parte; considero que si bien no existe legislación vigente que regule estas técnicas; el derecho a conocer los orígenes está claramente establecido en nuestro régimen constitucional, que consagra el derecho a la identidad, es decir, el derecho de todo sujeto a conocer quiénes son sus padres, a conocer su origen biológico (arts. 7 y 8 , Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 75, inc. 22, Const. Nac.), y en ésta línea nuestro Código Civil, consecuentemente, admite con amplitud la investigación de la paternidad y la maternidad (arts.251 y ss.). En definitiva el derecho a conocer sus orígenes está lo suficientemente protegido como para garantizar al niño por nacer sus derechos personalísimos, sin perjuicio de poner de relevancia que sería mucho mejor que la cuestión estuviere regulada por el legislador, pero la circunstancia que nunca se haya podido legislar íntegramente sobre el tema no es motivo suficiente para que las personas que realizan aportes a una obra social no puedan obtener de ella la cobertura del tratamiento y para solucionar su problema de salud deban pagarlo en forma particular. X. Por todo ello, y dado que la manipulación genética de embriones que se presenta en casos de técnicas FIV e ICSI no ha resultado óbice para que ésta Sala disponga -por mayoría- la cobertura del 50% de los costos de los tratamientos que en cada caso corresponda (conf. ésta Sala; causas 11.682/08 del 19.5.2009 "Buccafusco Matilde Noemi y otro c/ Dirección de Ayuda Social Para Personal del Congreso de la Nación s/ amparo" y 5.381/09 del 18.3.2010 "Vallese María Cecilia y otro c/ OSDE s/ amparo"; entre otras) no encuentro motivos para arribar a una solución distinta en este caso. En consecuencia, y por las razones esgrimidas, no comparto la solución brindada por mis distinguidos colegas; dejando expresada de esta manera entonces, mi disidencia con la resolución propuesta. Por los fundamentos expuestos, por

mayoría, SE RESUELVE: confirmar la resolución apelada, con costas por su orden (art. 68, 2º párr. del CPCCN)⁴⁷”.

Los fundamentos de este fallo nos muestran a las claras, la divergencia de opiniones en cuanto al tema central de este tipo de casos, donde existe por un lado la voluntad procreacional como razón principal de lucha por parte de las familias que desean procrear, y que por cuestiones naturales o de salud, se encuentran impedidas de hacerlo y por otro lado, están no solo los frenos imposibilitantes de las obras sociales que no cubren este tipo de tratamientos, sino que además, y siendo más fuerte, encontramos los impedimentos que a estas prácticas le coloca la misma justicia. Cuestión que no es menor, pero que se basa en los parámetros legales y sociales, reinantes hasta nuestros días, pero es importante destacar que un fallo dividido es un antecedente muy importante, porque muestra a claramente el momento de transición por el que transitan nuestros juristas actuales, movidos justamente por la realidad social, no habiendo una única solución para estos casos, no solo en nuestro derecho interno, como tampoco en el derecho comparado.

Lo importante es destacar y rescatar, el paulatino y significativo avance de los criterios jurisprudenciales, que hacen a la futura modificación de los ordenamientos, en vista de las circunstancias.

Por otro lado, en un fallo citado por la Dra. Famá (2011), procedente de la “*Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, con fecha 14/04/2010, se revocó la resolución de primera instancia que había negado la legitimación a quien invocaba ser la mujer que aportó el óvulo para la fecundación in vitro de un niño, procurando desplazar la maternidad atribuida a la mujer gestante de la criatura. Para así decidir, el magistrado de instancia apeló a lo normado por el art. 262 del Código Civil, “en tanto dispone que la acción intentada por la madre sólo será procedente cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo y la jurisprudencia requiere que deben darse razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular”.*”

“ Tal resolución fue revertida por el Superior, subrayándose que “el art. 262 faculta a ‘todo tercero que invoque un interés legítimo’, para impugnar la maternidad, y (...)

⁴⁷ A. H. C. Z. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal – Sala III – 05/08/11 - Cita: MJ-JU-M-69044-AR | MJJ69044 | MJJ69044 – Fuente: Microjuris.com

precisamente la amplitud de los legitimados activos dada por esa norma, responde, a 'la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico', con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal no se encuentra excluida por el art. 262 estudiado, el que debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal."⁴⁸".

Este ya si es un caso que se acerca un poco más a la cuestión de la maternidad subrogada, y en el que se resuelve en forma favorable a la madre biológica o aportante en la gestación del menor. Es claro que la resolución se fundamenta en la legislación vigente de nuestro Código Civil, pero debemos tener en cuenta que estamos hablando de una ovoimplantación que devino en un embarazo voluntario de quien luego se le negó su derecho a ser madre, aquí existen derechos contrapuestos, pero es fundamental no perder de vista que, quien dono sus óvulos lo hizo con un fin determinado, que luego desconociera, al requerir la filiación del niño nacido, actitud que va directamente en contra de la "teoría de los actos propios" y que en este fallo no fue tomada en cuenta, afectando directamente el derecho de la madre que recibió al niño como propio gracias a esta técnica de ovoimplantación.

No nos parece que sea un fallo que contenga fundamentos validos, para negar un derecho adquirido como madre, dando lugar a un derecho de quien efectuó un acto de donación de manera consciente y luego pretenda revertirlo. Puesto que si siguiéramos este criterio, podríamos permitir la maternidad por sustitución de las personas que donan sus gametos y luego reclaman la filiación del hijo nacido en otro vientre y esto no es aceptable bajo ningún concepto, dentro del espíritu de las leyes. Es decir la ley no debe permitir algo y constituir un derecho para luego revertirlo.

⁴⁸ citado en FAMA, María Victoria - "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación" - 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

III. Opiniones de especialistas en Derecho de Familia.

Entrevista realizada el 31 de Agosto de 2012 al Dr. Rolando Wadagna; Juez de Primera Instancia Civil y Comercial, especialista en Derecho de Familia.

Se consulta al Sr. Juez: Dr. Rolando Wadagna sobre cuál es su opinión con respecto a la inclusión de la figura de “gestación por sustitución”, dentro del proyecto de unificación de nuestro Código Civil y Comercial, quien sostiene que: *“El tratamiento e inclusión de este tema dentro del Código y que se tome una decisión democráticamente, desde el órgano correspondiente, que es el Congreso, es positivo; el avance es mucho mejor a que no esté legislado.”*

“La forma en que lo han legislado responde al espíritu de este Proyecto de Código que es establecer en un cuerpo único pautas generales sin entrar al detalle de la regulación, lo que se establece en los primeros artículos, donde confía en el criterio de los jueces al darle más atribuciones que el Código anterior, adhiriendo a una concepción del derecho en el cual prevalecen los principios frente a las reglas. Es así como, en vez de establecer reglas categóricas en las cuales están claramente definidas las conductas y las consecuencias jurídicas, se inclina por los principios y algunas pautas orientadoras, dejando librado al debate procesal que en última instancia es decisión de los jueces y su prudencia, en el sentido aristotélico de la palabra, de buscar siempre lo justo y confiar en esto para que las decisiones se puedan adaptar al caso concreto, esto en vista de la evolución económica y social propia de la movilidad de las conductas humanas. Este es el espíritu que para algunos es criticable por la falta de precisiones e inseguridad jurídica que puede generar y también porque otorga mucho poder a los jueces.”

“Teniendo en cuenta el caso puntual, el legislador fija pautas y la interacción social y jurídica va definiendo el hecho concreto. Todo esto está muy vinculado con la ética y la moral, por lo que es muy difícil tomar una posición. Se trata de aquellos supuestos que alguna doctrina llama “casos trágicos” o “difíciles”, en los cuales hay intereses muy fuertes involucrados para ambas partes. Por un lado están las aspiraciones del matrimonio o la pareja de tener un hijo, y por el otro, los intereses y los derechos de ese hijo que es ya una persona.”

“El desafío es lograr una solución que compatibilice ambos intereses y derechos.”

Refiriéndose a la dificultad para concebir nos dice: *“El problema de la dificultad para concebir, ya en las culturas primitivas ha sido de alguna forma solucionado, y citando a Claudio Levi Straus, nos habla que estudiando esto de la maternidad y paternidad subrogada, donde no existían los adelantos científicos de nuestros tiempos como es la manipulación genética, había otras maneras de solucionarlo; siendo infértil el varón, su hermano, estaba de alguna manera obligado a mantener relaciones con la esposa de aquel para que ella pudiera gestar, siendo el niño nacido hijo del primero y no de quien aportaba el material genético. Es así como vemos que culturalmente se estaba aceptando una situación que se regiría por los mismos principios de la hoy maternidad subrogada.”*

“Para nosotros esto que nos parece tan novedoso y nos choca en algunos aspectos culturalmente, la humanidad se ha encargado de solucionarlo, o sea, que no es tan antinatural como aparenta ser.”

Consultado sobre la voluntad procreacional, hace referencia a que: *“En el ámbito de familia se ve un fuerte cambio, y esto es la autonomía de la voluntad y más precisamente autonomía personal; es decir, que cada persona pueda proyectar su diseño de vida y que la ley no se lo impida. Es así como el orden público se retira de cuestiones que antes estaban bajo su resguardo, lo que se ve claramente en la nueva legislación sobre divorcio vincular: ¿Por qué el matrimonio tiene que ser de orden público si dos personas adultas consideran que no pueden seguir viviendo juntas? ¿Por qué se lo vamos a impedir o someterlos a un trámite engorroso?, así como se casan tiene que tener la libertad para divorciarse.”*

“De la misma manera debemos tratar la voluntad procreacional que en definitiva es la que va a determinar la maternidad y la paternidad mas allá de quien sea el que aporte los elementos genéticos.”

En cuanto a la filiación del niño nacido y la manera de determinarla opina que: *“Es un tema delicado. Hay un conflicto entre el derecho del niño a conocer sus orígenes y su identidad biológica por lo cual me inclino.”*

“Me parece que nunca el derecho o la necesidad de las personas de ser padre, puede llevar a que se geste una persona y que luego se le impida conocer su origen, y que esto dificulte de alguna manera la procreación, impidiendo que haya donantes. El sentido de la norma es

evitar la aparición de conflictos. Insisto, deben primar los derechos del niño, de la persona que ha nacido, de conocer su origen.”

“Hay mucho de cultural en este tema. Es propio de nuestra cultura, al menos hasta ahora, de hacer coincidir nuestra identidad social, con nuestra identidad biológica. En otras culturas es diferente porque la estructura es distinta. Nosotros debemos legislar para nuestra realidad social y nuestro momento. Es por esto que a mi modo de ver, lo que el nuevo código hace, no sé si acertadamente o no, el futuro lo dirá, es abrir una puerta a un futuro nuevo y diferente. Lo que el legislador debe hacer es acompañar los cambios sociales más que generarlos.”

“Con esta modificación se propone extender a toda la sociedad un cambio, que a lo mejor, a un grupo determinado y a una elite de pensadores e investigadores de avanzada, ya ha asumido, habrá que ver si el resto de la sociedad está preparada y lo necesita. Es posible o no, que este código se haya adelantado demasiado a su tiempo, por lo general esto es propio de las grandes obras, que en su momento son vistas críticamente.”

“Estamos viviendo en nuestra sociedad una etapa de grandes cambios, que no parecen desacertados más allá de las soluciones puntuales. Se ha generado una evolución tanto cultural como política y demás, existe un estado de cambio social, que me parece oportuno que un código único contemple. Más allá de las figuras particulares, que seguramente serán mejorables algunas, me parece que lo contempla, a través de principios, pautas y directrices generales, y no desde reglas tan estrictas y tan rígidas, que van a quedar vetustas a los pocos años”.

Entrevista realizada el día 4 de septiembre de 2012, al Dr. Martin Antiga, especialista en Derecho de Familia, Docente de la Universidad Nacional de Rio Cuarto.

A modo de introducción se le consulta al Dr. Antiga, sobre su opinión, respecto de esta nueva figura para nosotros, de la maternidad por sustitución, a lo que nos responde: *“¿Sobre qué se basa esta figura? Esencialmente hace hincapié en la procreación por la voluntad, es padre o madre quien quiere ser padre o madre, modifica en ese aspecto la legislación vigente en cuanto no necesariamente es madre la que quiere ser madre. Lo que se propone, el vuelco, es reconocer la madre no en la que lo pario, no la mujer del parto, sino aquella que quiere ser madre.”*

“¿Cuál es el riesgo? Que es demasiado grave, la comercialización y todo lo que ello implica y deviene de lo mismo, el aprovechamiento de la necesidad del otro, y aunque haya un juez como es el caso del proyecto del Código Civil, que prevea de que en realidad tal comercio no esté y que haya ciertas pautas. Esas pautas no son las de ese derecho o costumbre antigua, en donde era el hermano o la hermana quien subsanaba la infertilidad, ya que en este caso es un extraño el que es convocado.”

En cuanto a la madre gestante, y el vientre subrogado nos dice: *“¿Es de pura bondad que viene a prestar su vientre? Francamente a mi me queda mucha duda de que esto así sea, y me llama la atención principalmente, en un proyecto que prohíbe las entregas directas para la adopción, suponiendo que allí hay venta, pero pareciera no presumir lo mismo, en orden a la maternidad subrogada. De manera tal que aquellas cuestiones que en la opinión de los autores que pretenden como plausible la prohibición de la entrega directa, sin advertir que esta, ocurriría de cualquier manera y todo lo que lograrían en el tema de la adopción, es que eventualmente aquellos que quieren ser adoptantes y encuentren que hay una mujer que le pueda dar sus hijos, y no esté garantizado que ello ocurra a través de un juzgado, lo hagan volviendo a aquella practica deleznable, que es falsear el origen del niño mediante certificado médico falso, inscripciones falsas, y todo lo que no solamente supone la gravedad de los ilícitos penales, sino que también, vamos a tener identidades falsamente construidas con todo lo que ello implica.”*

“En el caso de la subrogada, estaríamos si es así, tan grave el aprovechamiento que se pueda hacer de la mujer débil en la entrega directa, esto mismo vale y tanto más, para la subrogada, porque acá sí, no hay razón para no sospechar de que haya un precio, si no hay o no se propone como para las adopciones una lista de adoptantes y que este en el primero de la lista, porque en ese caso también pongo una lista de los que requieren vientre y una lista de las que se ofrecen a dar su vientre gratuitamente, y habría que ver cuántas aparecen de estas, porque allí si desaliento el negocio directamente.”

“Ahora, si yo admito un precio advirtamos también, de que estamos hablando, y cuando lo voy a admitir al precio.... ¿en cualquier caso? De esta manera los principios que rigen para la adopción directa y los que rigen a la maternidad subrogada, parecen contradictorios.”

“Y en realidad suponiendo la entrega directa o una venta, cuando no es necesariamente esta, muchas veces devienen guardas de hecho, cuando un niño quedo alojado en un lugar por una determinada cuestión, y lo que están requiriendo acá en la entrega directa, es que haya vínculo entre adoptantes y progenitores biológicos, digamos solamente se permitiría si existiera un vinculo familiar o afectivo y no lo está mirando en interés del niño, porque el vínculo que debiera estar en la base es entre el adoptante y el niño.”

“Está prohibida la entrega directa en la adopción pero se permitiría la entrega del niño a los comitentes luego del parto en la gestación por sustitución, esa es la gran contradicción entre ambas figuras y que en ningún caso tienen en cuenta el interés del menor. Como se concibe esta permisión con aquella prohibición de la que estamos hablando.”

“En el caso de la subrogada, ¿qué pasa con el niño? Que estamos menospreciando de algún modo. Esta persona que es la más importante y es a la que debemos cuidar, y hay que atender, pretendiendo que nace de un vientre ajeno, ese vientre ya lo abandona. Estamos permitiendo un algo que para mí no resulta con merito para ser permitido.”

“Pero es cierto que las técnicas consiguen muchas cosas, cosas muy buenas y también otras no tan buenas, todo dependería de como lo estamos analizando, pero detrás de esto hay mucho interés económico y no debe contradecir algunos principios de la humanidad que debemos cuidar.”

“Ahora bien, ¿Qué padres son los que ejercen la paternidad? Madre es la que ejerce la maternidad, no la que lo tiene necesariamente, pero que una mujer resulte embarazada y lleve a cabo un embarazo para dar el niño a otro es algo muy extraño. Otra cuestión es en la adopción donde a veces la mujer queda embarazada y a veces, o porque se ha distanciado de su pareja o porque no va a obtener los recursos o quizás porque advierte que en definitiva fue un embarazo no querido, esté dispuesta a llevar a cabo ese embarazo, sea porque está en contra del aborto, que es una postura moral, religiosa o ética, o sea porque llevo tarde a abortar sin riesgo; de uno u otro modo, acá tengo una justificación para entender su voluntad de entregar a su hijo. Pero en el caso de la sustituta, ya se realiza la concepción pensando en que va a ser para un tercero, francamente es bien excepcional que no haya allí un negocio, aun cuando el código pretenda que no lo haya porque sino habría adoptado otra postura. Contribuyendo la ley de

alguna manera a la posibilidad de hacer algo todo lo contrario a lo que su letra establece, si hay algo que no queremos ver escrito, entonces no lo propiciemos para que suceda en la práctica.”

“La base de todas estas cuestiones posee un tinte ideológico, y atentan contra las libertades, por más que se diga que hay libertad para contratar, aquí hay una persona débil, que por una necesidad económica se somete a estas prácticas, y la ley no legisla para excepciones, la ley legisla para generalidades; es así como no me parece que estas prácticas y sobre todo la de la maternidad subrogada, estén enderezadas dentro de fines que merezcan ser protegidos legalmente.”

“Que haya una realidad de la que se toman quienes fundamentan estas prácticas si esta mujer hoy tuvo un niño, no me parece que sea un contrato previo y la homologación de un juez, la forma suficiente de resguardar a la parte débil.”

“Hay cuestiones que son de la naturaleza y que deben ser así y no debe ser forzado a que suceda de otra manera, esto hablando de las parejas que buscan tener un hijo como un modo de realizarse espiritualmente como padres.”

“Luego cuando se habla de daño, de los daños que pudiera haber, son los daños precisamente de esta mujer, que yo la hago el sujeto débil, que tenga que ser el vientre portante, la gestante. Esa gestante que además va a tener un embarazo que a la mitad o después se pudiera arrepentir o no ¿cómo va a ocurrir todo esto cuando ella ya se haya comprometido de que el niño va a ser para los comitentes? Esto es lo que lo diferencia a que, después que lo haya tenido queriendo hacerlo, decida darlo como en la adopción directa. Aquí es la mujer gestante la damnificada, no el que lo va a recibir, que es el último de esta cadena, puesto que primero tengo que mirar al niño como sujeto débil y conjuntamente a la gestante como el otro sujeto débil.”

“Este tipo de prácticas no son parte de nuestra cultura, más allá de lo que sucede en otras culturas nosotros podemos adoptar figuras, pero las tenemos que adaptar a nuestro sistema de vida, a una historia que tenemos en común, de valores, de formas de pensar; no es que uno trasplante aquí lo que sucede en otras culturas.”

“En la maternidad subrogada hay un delito en la base, y la homologación judicial no absuelve el negocio.”

“Preferiría que si esto va a estar, este claramente dicho como va a ser, y si va a ser por dinero o no, y si fuera por dinero como van a resguardar que no sea un negocio. Ahí tendrían que hacer un doble listado, uno de las portadoras que se anotan en una lista y otro de los que pretenden ser padres, como ocurre en el caso de la adopción.”

“En cuanto a la filiación, si es por la voluntad no me cabe duda que va a tener que constituirse del mismo modo que sucede en la adopción.”

Es evidente como ambas posturas tienen sus fundamentos validos, por un lado tenemos en primer lugar, nos brinda una opinión favorable de la gestación por sustitución, haciendo referencia a los principios fundamentales del derecho sobre los que se basa nuestra legislación, propiciando una reglamentación específica para cuestiones particulares de la figura y teniendo en cuenta la necesidad de adaptación de nuestra reglamentación a los tiempos que corren.

Por otro lado, en segundo lugar tenemos la opinión de quien hace una comparación de esta figura con la de la adopción directa, y es allí donde encuentra el fundamento para su no regulación, teniendo en cuenta los intereses económicos que podrían surgir detrás de este tipo de figuras, y que es la razón por la cual la adopción directa se encuentra prohibida en nuestras leyes.

El trafico y la venta de niños es un flagelo que afecta a toda la humanidad y es claro que las leyes de los países deben regular concretamente todas aquellas figuras que puedan dar lugar a la propensión de estos delitos, pero también es cierto que, en pos de evitarlos, no se puede prohibir por falta de regulación específica, que aquellas personas que poseen un sueño de familia no lo consigan, por falta de regulación, siendo que la ciencia les brinda la posibilidad de conseguirlo.

Dos derechos contrapuestos existieron y van a existir siempre, justamente por eso existe la justicia y el cumulo de ordenamientos desde el principio de la humanidad, propio de las sociedades organizadas, los hombre deciden organizarse en sociedad y le dan al estado la potestad de regular las pautas de convivencia, por lo tanto es una obligación del estado y más

precisamente desde su poder legislativo, brindar a sus ciudadanos una regulación clara y precisa, que les posibilite su realización social y personal.

Si bien los principios fundamentales que rigen los ordenamientos jamás pueden verse soslayados, también es propio de la evolución y del crecimiento como sociedad la adaptación a los nuevos términos y condiciones en las que se encuentra el ser humano en su paso por la vida dentro de una sociedad organizada legalmente.

B - VACÍO LEGAL

Inconvenientes por falta de legislación.

La carencia de leyes trae aparejado gran cantidad de inconvenientes pero sobretodo deja sin resguardo legal a padres e hijos, que por técnicas de inseminación artificial quieren formar una familia.

Para los especialistas nacionales existe un vacío legal en torno a la maternidad subrogada, dado que no se encuentra regulada.

Para la doctora Sabrina Berger (L.L. 2010), refiriéndose al contrato propiamente dicho, se trataría de un contrato innominado de objeto ilícito, sustentando su afirmación en los artículos 242, 953 – en cuanto determina el objeto ilícito contrario a las buenas costumbres -, y 1137 del Código Civil.

En el desarrollo de su trabajo, refiriéndose a la maternidad subrogada como contrato innominado, lo define teniendo en cuenta que intervienen tres partes, como un contrato con características muy particulares y modalidades autónomas de desarrollo y contenido, no pudiendo ser considerado de locación ya que el cuerpo humano o partes del mismo no son cosas dentro del comercio, lo que lo tornaría ilícito, pero aclara que el consentimiento de las partes puede revertir la situación de ilicitud siempre que no vulnere la moral y el orden público; tampoco la situación de gratuidad hace asimilable este contrato a una figura de locación.

En cuanto a la posibilidad legal que nuestro ordenamiento hoy en día acepta, es aquella en los casos en que el padre o madre biológico por haber donado sus gametos toma en custodia

el hijo nacido de una tercera persona y el cónyuge de este ya sea hombre o mujer realiza una adopción simple⁴⁹.

En el trabajo realizado por la Dra. Cano (2010), ella hace referencia a lo sostenido por: Martínez-Pereda Rodríguez (1994), en referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto el alquiler de vientres se encontrare amparado legalmente, la obligación de los profesionales sería de medios y no de resultado y, no correspondería responsabilizar al facultativo cuando la implantación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse, si el profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance. Con respecto a esto Sambrizzi opina que los facultativos podrían ser responsables por los daños a la salud o fallecimiento de la madre o del niño si la actividad desplegada ha sido con impericia o negligencia. Contrariamente si la ley hubiese prohibido estos contratos, la sanción en sede penal y administrativa se sumaría a la civil inferida al nacido en caso de que este hubiere resultado dañado⁵⁰.

Como se viene desarrollando hasta aquí, la maternidad subrogada plantea los inconvenientes que trae aparejado el abuso de una legislación deficiente como la nuestra, en donde encontramos casos de explotación física y económica de las madres gestantes.

Si bien en nuestro país no hemos llegado a los índices exorbitantes que se manejan en países como Tailandia por ejemplo, y tampoco sin llegar a denominarlo industria de madres gestantes, la realidad social nos muestra y nos pone de manifiesto que muchas mujeres por una cuestión económica ofrecen su vientre para gestar el hijo de otro. Este consentimiento no puede ser atribuido a una voluntad libre de quienes concretan estos acuerdos sino que es producto de la situación social y económica en la que se encuentran, colocándolas en una situación de desventaja y consecuente aprovechamiento de su necesidad, puesto que su fin es obtener el dinero a cambio de acceder a esta práctica.

Como contrapartida de esto, encontramos a las parejas heterónomas o de un mismo sexo que se encantan impedidas ya sea por una enfermedad o la misma naturaleza de alcanzar su

⁴⁹ SABRINA M. BERGER. “*Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito*”. - Por: Trabajo de investigación. Diario La Ley – Agosto de 2010.

⁵⁰ CANO, María Eleonora - “*Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*”. Página: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> - - consultado en julio de 2011

deseo reproductivo, los que las coloca en la situación inevitable de buscar un vientre ajeno que les posibilite alcanzar su sueño de procrear.

Toda esta situación provoca la innegable clandestinidad de acuerdos de partes con necesidades que se amalgaman, ya que por un lado tenemos la voluntad procreacional y por el otro la necesidad económica, que llevan a la concreción del fin, es decir, el nacimiento de un niño que luego será inscripto como propio por el comitente y adoptado por quien será su madre social, renunciando la mujer que lo gestó a favor de ellos todos los derechos sobre el menor; acontecimiento que sucede fuera de la vista de cualquier régimen legal, con certificaciones falsas por complicidad de médicos y parteras y consecuentes inscripciones igualmente falsas, puesto que la falta de legislación no reclama requisito alguno en estos casos.

Por otro lado, tenemos la violación de los derechos a la identidad de los menores nacidos en estas condiciones de maternidad subrogada, puesto que es facultativo para los padres contratantes informar al hijo producto de estos acuerdos, la forma y las condiciones en que se han producido su concepción, gestación y posterior nacimiento. Esta no es una cuestión menor ya que para nuestro actual ordenamiento es madre quien da a luz, lo cual en estos casos se torna contradictorio, en el supuesto de los casos que la madre gestante quisiera impugnar la filiación atribuida sobre el menor a su madre social, no podría invocar como argumento un convenio inmoral ejecutado por ella.

En cambio, el hijo si está facultado para realizar esta impugnación en cualquier momento, fundado en el derecho que posee a conocer su identidad biológica, regulado en nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc 22 con la Convención de los Derechos del Niño, siempre y cuando sus actuales padres le permitan conocer su realidad biológica y gestacional, colocándolo en una situación de evidente desventaja.

Compartimos la opinión de la doctora Sabrina Berger (2010), que los nacidos por estas técnicas reproductivas no solo sufrirán el drama de no poder establecer de modo claro quiénes son sus padres sino que además está en juego el derecho personalísimo a la identidad impidiendo en muchos casos al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética, como son los casos en los que el material genético no se corresponde con quienes figuran como padres.

Por lo tanto, no estamos hablando únicamente del derecho a acceder al emplazamiento en el estado de familia por la atribución de una filiación determinada, sino que también nos referimos al incuestionable derecho que tiene todo ser humano a conocer con certeza la verdad acerca de si mismo y su origen, a saberse descendiente de otros y poderlos identificar. Incluso estaríamos frente al delito de supresión de estado civil en aquellos casos en los cuales el patrimonio genético del nacido difiere del patrimonio genético de los padres⁵¹.

Es incuestionable del derecho de todo ser humano a conocer su origen biológico, pero es necesaria una legislación específica que garantice el resguardo de ambas partes, puesto que por un lado tenemos el derecho del nacido a conocer su identidad biológica y por el otro lado tenemos el derecho de quienes son donantes de gametos a conservar su anonimato.

El actual proyecto de unificación del Código Civil sienta una regla clara con respecto a estas cuestiones, puesto que impide la reclamación de estado por parte de los donantes de material genético, pero en cambio el niño nacido tiene derecho en cualquier tiempo de reclamar su identidad biológica, como principio fundamental que rige en el derecho interno e internacional, lo que no está claro es que responsabilidad se le atribuye a ese donante que es reclamado por su “hijo” biológico. Y es aquí donde la norma falla, si bien reserva estas cuestiones particulares a las legislaciones específicas. Pero estaríamos regulando algo de manera incompleta, hasta tanto se resuelva la ley específica, con todos los inconvenientes que esto podría acarrear.

⁵¹ SABRINA M. BERGER. “*Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito*”. - Por: Trabajo de investigación. Diario La Ley – Agosto de 2010.

C - LOS PORQUÉ DE LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA.

I. Caso de la Periodista “Marisa Brel”.

Este es un caso paradigmático, que tuvo como protagonista a la periodista Marisa Brel, quien habría subrogado un vientre en EEUU para tener un hijo más. La periodista posee una página oficial, donde cuenta toda su lucha por alcanzar el sueño de volver a ser madre⁵². Ella ya es madre de Paloma de 9 años, a quien tuvo gracias a un tratamiento de fertilización asistida, lo cual le llevo años y escribió un libro para relatar lo que vivió, que se llama “Voy a ser madre...a pesar de todo”.

Tras cuatro intentos sin éxito de quedar embarazada por segunda vez, la periodista siguió con su búsqueda pero por otras vías. Como la primera opción que pensó fue la de la adopción pero el trámite podría demorar hasta ocho años, junto con su marido iniciaron las consultas para alquilar un vientre en EE.UU donde esa técnica es legal. El embrión será de ella y solo deberá usar el vientre de otra mujer. Fue así que consulto con el doctor Fernando Akerman, un argentino que vive hace veinte años en Miami y es uno de los especialistas más prestigiosos en fertilización in vitro y alquiler de vientre. Con él, también se atendieron Florencia de la V y anteriormente Ricardo Fort y Ricky Martin⁵³.

Habiendo participado del programa “Otro Tema”, emitido el 24 de Agosto de 2011, por canal TN, conducido por el periodista Santos Biasatti, ella cuenta como, una vez que comenzó los tramites quiso conocer a la mujer que le prestara su útero gestacional, a lo que dijo: “*vamos a atravesar parte del embarazo juntas. Es un acto de amor que dos mujeres puedan compartir un embarazo*” y agrego: “*primero hablamos por teléfono, llore con ella, le pregunte todo lo que necesitaba, si no se iba a arrepentir y después la conocí. Sus hijos saben que van a ayudar a un matrimonio para tener otro hijo y mi hija también está al tanto de todo, es una aventura de un crecimiento espiritual muy grande.*”

A continuación de este relato, en el mismo programa “Otro Tema”, habiendo un panel de distinguidos protagonistas, se desarrolló un debate muy interesante en el que quedaron

⁵² Marisa Brel – Pagina oficial <http://www.marisabrel.com.ar/> - consultada en agosto de 2011 y <http://www.voyasermadre.com.ar/en-los-medios/marisa-brel-y-el-alquiler-de-un-vientre-en-ee-uu-para-tener-un-hijo-mas/> - consultada en agosto de 2011.

⁵³ Ídem, cita 51

plasmadas las diferentes posturas sobre el tema; opiniones que se transcriben a continuación comenzando por lo dicho por la Diputada Nacional Ivana Bianchi, a quien se le preguntó: ¿el por qué no, de la maternidad subrogada?, a lo que dijo: “*más que la ley de maternidad subrogada es necesaria la ley de fertilización asistida*”. Sostiene que en el caso de la maternidad subrogada, el niño es cosificado, utilizando palabras como contrato, homologación, compromiso, “*te doy un bebe por tanto dinero porque se hace por dinero cuando el embarazo se termina felizmente, por 90, 120, o 300 mil dólares, este no es un nivel que todas las mamás pueden alcanzar*”.

Otro tema al que se refiere es a la otra mujer, la gestadora. “*¿Qué le pasa a esa mujer con ese bebe, que lleva nueve meses en su panza?, la relación y el vínculo que se produce entre la mamá y el bebe, y cuando nazca, ¿qué pasa con la lactancia materna de ese bebe?, ¿qué pasa con sus defensas?, que no es la misma relación que tiene de un chico adoptado lamentablemente*”⁵⁴.

Por su parte, a favor de la maternidad subrogada, se pronuncia el Diputado Hugo Prieto a lo que señala: “*Cuando algo es necesario, es oportuno*”, refiriéndose a la maternidad subrogada y su reglamentación legal. Y continúa, “*esto se inscribe en un marco en que las políticas públicas no solo tienden a reducir desigualdades, a fomentar igualdades en el plano económico sino también en el plano de los derechos humanos y sociales. Esto implica reconocer en el derecho un avance que ya está en la ciencia y en la sociedad, que ha tenido dos hitos relativamente recientes, uno el del “matrimonio igualitario” y otro las “normas sobre fertilización asistida”, que ya están avanzando en la provincia de Buenos Aires, entre otros.*”

Refiriéndose a la ley de fertilización asistida nos dice: “*tiende a hacer efectiva la voluntad procreacional, la voluntad de concebir, reconociendo que en la sociedad contemporánea ya no hay un solo tipo de familia estructurada sino que hay diversos tipos de composiciones familiares. Simplemente se trata de que el Estado regule y le de legitimidad a una cuestión que ya está en la sociedad. ¿Porqué la Sra. Marisa va a EEUU a recurrir a este método? porque en nuestro país, que no está prohibido tendría obstáculos, de acuerdo al Código Civil del siglo XIX, donde se presume la maternidad según el art. 242, para quien da a luz al niño, pero como genéticamente ha sido concebido in vitro o por fertilización asistida, se*

⁵⁴ NOTA EN TN – Programa: OTRO TEMA – conducido por el periodista Santos Biasatti – del día Miercoles 24 de Agosto de 2011 - <http://tn.com.ar/otro-tema/00064857/que-es-la-maternidad-subrogada> - - consultado en agosto de 2011

reconoce a estos los derechos de filiación donde prevalece lo social, a la voluntad de procrear respecto de la concepción estrictamente genética.”⁵⁵

A la Dra. Graciela Moya (Instituto de Bioética de la UCA) se le pregunta ¿por qué, no? a la maternidad subrogada y ella plantea que más que el por qué; es “el cómo”, lo que preocupa, “... o sea, nadie niega que nazca un hijo en una familia, que es algo absolutamente bueno; ese no es el punto en discusión; la finalidad de los actos no se discute acá, que es lograr que una familia tenga un hijo tan esperado o tan deseado. Lo que uno se pregunta es el cómo, o sea, como llegamos a esa finalidad y si ese como, es un como que hace bien a todas las personas que estén involucradas o no. Entonces por un lado el solo hecho de llamarlo “alquiler de vientres” es un tema que ya instrumentaliza a la persona porque uno alquila cosas, una casa, un auto, pero no alquila una persona, no alquila una parte de una persona ni alquila una capacidad natural que tiene una persona que es la fecundidad.”⁵⁶

“Entonces cuando uno parte de un “alquiler de vientres” de alquilar partes de una persona para una función, es como que uno ya le va restando dignidad al hecho de la procreación en sí y al respeto que uno tiene por la otra persona que va a gestar el hijo.” Y agrega, “uno a veces separa lo que es la paternidad de la maternidad genética, de lo que es maternidad en gestación, de lo que es la maternidad social. Un proceso que es continuo, uno lo separa en varias etapas, y eso puede llegar a traer riesgos a largo plazo para la persona que va a ejercer la función de paternidad o maternidad y por el hijo por nacer. Y lo que nosotros vamos a decir del análisis bioético en sí, será, tratar de ver en forma racional, en forma sistemática, si las conductas que se usan en toda el área de la salud y relacionadas con la medicina y las ciencias de la vida, son respetuosas de la persona humana. En su dignidad, integridad, su identidad y buscando el bienestar de la persona”⁵⁷.

“Nosotros en esta área vemos como que hay cuatro personas que intervienen: por un lado está el deseo de los padres, que uno respeta absolutamente, que es el de la necesidad de tener un hijo; por otro lado, esta todo el apoyo que puede dar la ciencia, la investigación, está también toda la parte comercial de las compañías que intervienen entre los padres que desean

⁵⁵ Ídem, cita 53

⁵⁶ Ídem, cita 53

⁵⁷ Ídem, cita 53

su hijo y las madres que van a subrogar el útero, y después tenemos otras dos personas que la bioética le tiene que prestar atención que son las personas vulnerables, que son, por un lado, la madre que va a subrogar su útero, que muchas veces lo hace, mas allá de una posición altruista, básicamente por una situación económica y por otro lado está el niño por nacer, del cual he visto que no se habla específicamente de los derechos del niño por nacer, es más, hay muchas publicaciones que uno ve en EEUU, que hablan de que si hay una discapacidad, los padres tienen derecho a interrumpir, o la madre gestante o los padres biológicos no hacerse cargo de esa criatura.” Y dice que, “no cree que no haya persona más vulnerable que el niño en gestación con una enfermedad, que pueda generar una discapacidad. Es el niño, quien más protección necesita, es el niño, a quien menos protección se le da.”⁵⁸

Prieto acota que, en su proyecto no es así y ella le responde que, no sabe porque, no lo leyó.

Continuando con el relato de la Dra. Moya, ella considera vulnerable a aquella persona que no va a poder ejercer concretamente su dignidad y uno ve el ejercicio de la dignidad, en el respeto de los derechos humanos de esa persona. “...El niño es concebido para después ser entregado por la madre subrogante, se rompe muchas veces el vínculo biológico o gestacional para entregárselo a otra familia, que es quien lo va a criar. Y tampoco esta estudiado desde la vulnerabilidad a los parientes de la mujer que entrega su útero para la gestación. Con respecto, a lo que pasa con los hermanos de ese chiquito, porque generalmente se trata de que las mamás ya hayan tenido hijos, que sean fértiles y hay una familia que esta con un hijo en gestación, que después no va a ser hermanito de esa familia. Se está estudiando cómo va a afectar psicológicamente, emocionalmente, espiritualmente a esa familia y tampoco muchas veces se sabe cuál es su origen biológico genético. Se ven muchas cosas, donde no hay información dada de la criatura, con respecto a cuál fue su origen y al respeto a su propia identidad, son temas que uno tiene que ponerse a pensar más seriamente o encontrarlos en la discusión, como para poder aclarar el tema, tratar de proteger sobre todo a las personas con vulnerabilidad, los demás actores de esta situación son personas que pueden ejercer completamente sus derechos y

⁵⁸ Ídem, cita 53

*estarían en una situación, en cuanto a los derechos, de mayor jerarquía, que los demás, es como que uno debería volcarse a respetar los derechos de los demás”.*⁵⁹

Luego se establece una comunicación telefónica con el director del centro de fertilización in vitro de Miami, Dr. Fernando Akerman a quien se le pregunta el ¿porqué si? La opinión del facultativo es la siguiente: *“Uno tiene que pensar que es un instinto natural el intentar ser padre, madre o reproducirse. Uno no empieza llamando a una clínica de infertilidad directamente y teniendo que hacer este tipo de tratamientos, sino que empieza por la manera usual, teniendo relaciones, si eso no funciona después de un largo camino, potencialmente, uno busca esta alternativa. Es una manera poco común de poder brindarle a una pareja la posibilidad de llegar a ser padres, tiene que haber una indicación bien clara, de porque la pareja quiere hacer esto, no es para cualquiera, medicamente tiene que haber una indicación importante de un medico, como que le falte el útero o haya nacido sin el útero, la mujer haya perdido el útero en una estereotomía, que tenga una historia estética complicada, que sea trasplantada de riñón, por ejemplo, un problema médico muy grave o que haya tenido fallas repetitivas de embarazos, ya sea por fertilización in vitro o por un embarazo natural o sea que tenemos que establecer bien la indicación. Cómo le puede decir uno a esas parejas, que la ciencia hoy les brinda estas oportunidades y no se las vamos a dejar aprovechar. Es una alternativa más que se genera para las parejas que puedan llegar a dar amor, a ser padres”.*⁶⁰

Se refiere a la crítica de “vientre de alquiler”, *“...la gente lo empieza a denominar de esta manera, pero científicamente cuando hablamos esto es, subrogación gestacional o subrogación tradicional o madre sustituta, esa es la manera médica de designar esto. Si hay alguien que tiene una obsesión religiosa, ya en el antiguo testamento ya esta mencionada una subrogación tradicional en el caso de Abraham, Sara y Agar”.* Entonces, a él tampoco le gusta hablar de vientre de alquiler, *“pero cuando uno va a tener un niño y es de uno mismo y no hizo ningún contrato y no hizo ningún tipo de tratamiento también tiene un contrato con una obra social, tiene un contrato con hospital, hay un montón de cosas legales que se tienen que firmar.”*⁶¹

⁵⁹ Ídem, cita 53

⁶⁰ Ídem, cita 53

⁶¹ Ídem, cita 53

Refiriéndose a las opiniones volcadas en el panel, se refiere a cuando se hablo de la vulnerabilidad y dice: *“...bueno no cualquier mujer puede ser una madre sustituta, no tiene que ser primeriza, todo lo contrario, una mujer que nunca fue madre, jamás va a poder ser madre sustituta, tiene que ser madre, tiene que tener su hijo de un embarazo de termino sano y tener una relación estable con ese hijo, puede ser una madre soltera, eso no es un requerimiento, hay una evaluación psicológica que se le hace a la madre sustituta y a la familia”*.

Y continua diciendo: *“También hablaban de cómo quedaban esos “hermanos” del bebe, que lleva una madre sustituta, y es entre comillas porque no son los hermanos, la madre sustituta está poniendo solamente el útero y entonces cuando mencionan que uno separa a ese bebe de esa madre y no le va a poder dar la teta, y no le va a poder amamantar, eso sería lo lógico en un embarazo concebido naturalmente, o un embarazo concebido con un circulo regular de fertilización in vitro, entonces en estos casos diferentes de maternidad por sustitución, la mamá ya sabe que no le va a dar la teta, porque no es la mamá biológica y porque no va a ser la mamá social”*. Y con respecto a ¿qué es lo que pasa con el bebe? ¿qué es lo que ocurre si la madre social va a decir “no lo quiero” cuando nace? porque por ejemplo tiene síndrome de Down, el nos dice: *“...y bueno pasa exactamente lo mismo si esa madre social, fuera la que esta pujando y el bebe nace y lo quiere abandonar y dice: “no, no yo no me quedo con ese bebe”;* pasa, que está castigado por la ley, entonces es su bebe, aquí en la Florida está penado esto y ella va a tener que responder por abandono de un niño, entonces, todo esto esta estudiado seriamente, hay estudios psicológicos, que se han hecho en los niños que fueron concebidos a través de estos tipos de tratamientos y no se ha visto que tengan ninguna diferencia de aprendizaje o crecimiento o con las relaciones sociales, con respecto a otros niños que nacieron de tratamientos regulares.”

Con respecto a lo que se les va a decir a estos niños, el nos dice: *“Bueno depende de la pareja, es lo mismo que uno puede decir cuando adopta un niño y no le va a decir o no le va a mentir, más allá que uno esté de acuerdo o no, tiene que dejar que la pareja decida, se recomienda siempre que: uno, que cuando el niño va creciendo y vaya teniendo la capacidad de preguntar y de entender todo este proceso, se le pueda explicar que la mamá no podía naturalmente quedar embarazada y entonces la ciencia le ofreció esta herramienta para poder llegar a hacer este tipo de tratamiento”*. Respeto a mucho a los que están en contra porque

entiende que no es para todo el mundo, y continua, ”... pero teniendo en cuenta, cuando se hizo el primer trasplante de un órgano, de un riñón, en los EEUU en la década del 50, uno revisaba los periódicos y la prensa y la impresión de la gente estaban totalmente en contra, y hoy en día va a sacar una licencia de conducir a los 17 años y ahí mismo le preguntan si es donante. Está ampliamente aceptado por la sociedad.”⁶²

Por su parte, y siguiendo siempre la temática del programa televisivo señalado, el Dr. Ramiro Quintana, especialista en medicina reproductiva, nos dice que: Esta totalmente de acuerdo y cree que en el país tenemos unos ejemplos muy concretos, es decir, cuando se dice que, no es un vientre en alquiler, sino que es un útero subrogado, que es el termino medico para ellos, y agrega “...nosotros durante muchos años hablamos de la bebe de probeta, cuando hoy hablamos de fertilización in vitro y todo el mundo se olvido de la probeta, cuando fue el primer trasplante de corazón, ¿cuánto costó en la argentina una ley de trasplantes?. Los temas comerciales son también muy tocados pero hay laboratorios para oncología y salvan a los pacientes oncológicos, eso no se puede dejar de lado en el mundo, por más que existan situaciones donde el Estado puede cubrirlas u otras organizaciones pueden ayudar a esa pareja o a esa persona. El trasplante es como el ejemplo más claro, hoy en día ya es normal hablar de trasplantar, hasta hoy en día se llego al trasplante de cara. Entonces uno puede opinar y decir pero hasta que vemos el sufrimiento de quien hizo 2, 3 o 10 tratamientos para llegar a esto.”⁶³

Prieto agrega lo del matrimonio igualitario, “...todos los cónyuges, sea cual fuere el sexo de cada uno tienen los mismo derechos, estos alcanza a la adopción y también en su proyecto alcanza a la maternidad subrogada. Uno de los casos más comunes de fertilización asistida, es cuando el padre es infértil pero la madre es fértil, entonces generalmente se recurren a un banco de semen y se logra la procreación. Cuál es la diferencia cuando la infértil es la madre y el fértil es el padre, se puede seguir el mismo procedimiento?. Hay que superar lo que es estrictamente ideológico, de hace más de 50, 100 o 200 años; el avance de la ciencia es innegable, lo que ayer parecía disparatado, hoy es de lo más normal del mundo, cada vez que hay un avance científico siempre se hace algún clic, lo importante es que el derecho lo acompañe y que la impronta, o

⁶² Ídem, cita 53

⁶³ Ídem, cita 53

*esa rémora religiosa, que suelen los sectores más conservadores oponer a este tipo de iniciativa, sean dejados de lado y no se trate de imponer la ética o los valores y las ideas retrógradas”.*⁶⁴

El debate culmina con las palabras de la periodista Marisa Brel, protagonista principal de este programa, la que expresa más que nada sus sentimiento y dice: “...yo sé que es muy fácil hablar cuando uno ha tenido hijos fácilmente, cuando una madre en potencia como las mujeres que no podemos tener un hijo y hacemos todo lo humanamente posible y con tu pareja quieres formar una familia y esos hijos no llegan y te hipotecas la vida haciéndote tratamientos in vitro, que hace 30 años se crearon en Gran Bretaña, se crearon maravillosos sistemas in vitro y criticaron tanto y que gracias a esto, hoy mi hija que tiene 9 años, existe, como otras cuatro millones de personas que están en este planeta, gracias a este sistema”⁶⁵.

Ella espera que esto en cinco años sea una anécdota. Porque dice que “*las mujeres quieren dar amor y las madres les enseñan que venimos a procrear, la realidad nos choca, la vida nos choca, con la infertilidad, que es una enfermedad y que tenemos el derecho a ser curadas y a tener hijos, para ello toda herramienta es válida*”.⁶⁶

II. Caso de “Florencia de la V”.

La actriz y vedette, Florencia de la V, tiene una historia muy particular, puesto que habiendo nacido con un sexo masculino, hoy es mamá de dos mellizos, pasando por todo un andamiaje de luchas y contrariedades ella logro su sueño.

En el año 2010 logro por medio de un fallo judicial el cambio de nombre y de sexo en su DNI. Figurando registralmente como Florencia Trinidad y con el apellido paterno original. En junio de 2011, contrae matrimonio con Pablo Goycochea, ya con su identidad femenina, y a finales del mismo año presenta a sus mellizos en sociedad. Los niños habrían sido concebidos a través de un vientre de alquiler en Estados Unidos, en una Clínica de San Diego; su esposo Pablo fue quien hizo el aporte genético, y los óvulos fueron donados por una mujer latina que ella selecciono por sus características tanto físicas como intelectuales, por su parte la portadora fue

⁶⁴ Ídem, cita 53

⁶⁵ Ídem, cita 53 y cita 51

⁶⁶ Ídem, cita 53 y cita 51

una mujer casada, con tres hijos, que vive en San Diego, California. El contacto con la madre sustituta y el matrimonio Goycochea fue fluido y constante.

Liliana Viola, periodista, para “Pagina 12”, con fecha 19 de agosto de 2011, transcribe un texto de la actriz, que nos cuenta: *“En estas semanas haré el viaje más importante de mi vida. Mientras escribo esto no lo puedo creer, me sudan las manos, se me llenan los ojos de lágrimas y el pulso se me desboca de ansiedad. Sí, voy a ser mamá. Nada de lo que hice hasta ahora se compara en importancia, en intensidad y en felicidad con este momento. Acá se queman los libros, afloran los recuerdos más hermosos y más tristes: mi infancia dura, mi mamá que se fue tan temprano, mis luchas, los logros, el amor incondicional de mi público; todo se superpone como en un vertiginoso film con un final perfecto”*⁶⁷.

Y es así como ella cumplió su sueño de ser madre y su esposo de ser padre. Su esposo al ser quien dono su espermatozoide, es quien posee el nexo biológico a través del cual toma en custodia a sus hijos naturales, en este caso en particular la madre gestante no coincide con la donante de los óvulos por lo que únicamente se efectúa una renuncia de sus derechos como madre gestante con respecto a los niños nacidos, a favor del padre biológico, y por su parte la esposa de este, quien sería Florencia de la V, realiza la adopción de los menores, ingresando ya a nuestro país como una familia constituida, efectuando la inscripción de los menores siguiendo las normas de derecho internacional para nuestro país. Donde siempre que se cumplan con las formalidades exigidas por nuestro ordenamiento, con respecto a la validación de sentencias extranjeras en nuestro país, estos niños han sido inscriptos correctamente en nuestro Registro Civil como hijos propios del matrimonio Goycochea⁶⁸

⁶⁷ FUENTE: Pagina 12 – SOY – Cruzando las Fronteras – 19 de agosto de 2011 – Liliana Viola – consultado en octubre de 2011 - <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2089-2011-08-19.html>

⁶⁸ Fuente Periodística – Diario Digital: MINUTO UNO, TODAS TUS NOTICIAS – Publicado el 7 de septiembre de 2011 - <http://www.minutouno.com/notas/151859-flor-de-la-v-presenta-en-sociedad-a-sus-mellizos-> - Consultado en Octubre de 2011

CAPITULO III

BIOETICA

PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS A LA FIGURA

La bioética es una rama de la ética que se dedica a brindar los principios fundamentales que rigen en la vida, principios éticos, morales, de buena conducta.

Para la bioética con respecto a la maternidad subrogada, existe ya una cuestión previa, con la cual no están para nada de acuerdo, esto es la Fecundación Asistida, técnica imprescindible para llegar a la maternidad por sustitución. Parten del hecho que la manipulación genética, es antinatural y la tildan de “inmoral”, es así como entre algunas de sus críticas señalan que; la implantación de embriones que se efectúa a la madre gestante y esto es, tanto para quienes realizan un tratamiento regular de Fecundación in Vitro, como para quienes pretenden lograr una maternidad por sustitución, la cantidad de embriones varía entre tres o cuatro, ya que uno solo reduce la posibilidad de gestación, y para ellos esto supone la muerte de muchos embriones que van quedando en el proceso, es decir, abortos microscópicos, pero abortos al fin, así como también los abortos provocados voluntariamente por anomalía en los embriones implantados, y la embrioreducción, que se efectúa para evitar embarazos múltiples.

Por otra parte esta lo que sucede con los embriones congelados, que pueden ser descartados, cedidos a otras mujeres, comercializados, utilizarlos para experimentación, entre otras cosas. Para la bioética esta manipulación afecta directamente al ser humano en estado embrionario, hablan de una catástrofe prenatal, el homicidio de miles de existencias inocentes. Considera que, estas criaturas criocongeladas tienen los mismos derechos que cualquier ser humano, y más aun, son los que mayor resguardo legal necesitan por su situación de indefensión absoluta.

En cuanto a la maternidad subrogada, las preguntas que redundan entre los que opinan de esta manera son, entre otras: ¿qué pasa con la madre que lleva un niño en su vientre por nueve meses, cómo puede ella no sentir nada por ese hijo? Muchas mujeres al finalizar el embarazo se resisten a entregar al niño y ahí surgen los problemas legales. ¿Hasta qué punto con la permisión de este tipo de contrataciones, no se caerá en el abuso de la figura?, por mujeres de altos recursos, por ejemplo, que utilizarían a mujeres necesitadas económicamente para que les porten su hijo por nueve meses y así ellas evitarse el fastidio.

También otra cuestión importante es el comercio, que esto puede llegar a generar, como ya sucede en tantos países, donde se ha permitido esta práctica. Existe un padecimiento innegable tanto de explotación física, como psicológica de las madres sustitutas, muchas mujeres por una cuestión económica son capaces de someterse a este tipo de prácticas solo porque en ella encuentran una actividad rentable, ¿Hasta dónde esto puede ser controlado por un sistema legislativo que se encuentra ajeno en muchos sentidos a la realidad social de los sectores más débiles?

Refiriéndose al contrato de maternidad por sustitución lo declaran nulo, fundándose en que la vida no puede ser objeto de ningún tipo de contratación, el ser humano no es un bien disponible, susceptible de valor pecuniario, por lo que no puede admitirse bajo ningún concepto que un niño sea entregado a otra persona por dinero. Y qué pasa con la identidad de ese niño, será una decisión de los padres hacerle saber cuál es su origen, pero en el caso que no se lo digan, le estarían negando el derecho a conocer su verdad biológica y gestacional, y por otro lado, si se lo dijeran, cuáles serían los traumas psicológicos que sufriría el menor, por saberse hijo de tres madres distintas, y su afectación a la identidad.

La bioética reconoce dos principios fundamentales a la persona humana uno es la “autodeterminación” y el otro es la “justicia distributiva”, en el primero reconoce el deseo de ser madre o padre y la posibilidad de poder procrear decidiendo si quieren o no hacerlo, y por el otro lado se refieren a la justicia distributiva, como el derecho que tienen todos de ser asistidos médicamente, cuando existen patologías o enfermedades que no les posibilitan una procreación natural, pero siempre dentro de los parámetros naturales, pues aclaran que el derecho a procrear no es absoluto, ni aún en las familias fértiles, ya que si se saben portadoras de alguna enfermedad de transmisión por el embarazo o parto, ellas deben decidir no concebir, en resguardo de los hijos que pudieran heredar por nacimiento alguna enfermedad congénita, por ejemplo⁶⁹.

⁶⁹ *Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica* Autor: Guahnon, Silvia V. - Iovanna, María P. - Somer, Marcela P. Fecha B.O.: 8-may-2007 Cita: MJ-DOC-3083-AR | MJD3083 / ¿Madre subrogada o esposa subrogada? Autor: Matozzo de Romualdi, Liliana Ángela Cita: MJ-DOC-885-AR | MJD885 / Maternidad subrogada Autor: Pérez, Fernanda V. Fecha: 21-mar-2011 Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 – FUENTE: MICROJURIS.COM

“Los avances de la medicina cada vez van planteando mayores retos éticos y jurídicos, que requieren imperiosamente la reformulación de un compromiso social que permita acompañar estos avances dentro de un adecuado marco de contención”⁷⁰.

Refiriéndose al anteproyecto de reforma del Código Civil en nuestro país, el Centro de Bioética de Argentina, ha publicado su crítica al respecto, donde exponen que la denominación de “gestación por sustitución” no es acorde a los parámetros entre los que se encuadra esta figura, acercándose lisa y llanamente al “alquiler de vientres”, los fundamentos expuestos son los siguientes: El proyecto en su art. 562, regula una homologación judicial del acuerdo de gestación por sustitución, donde se acredita que la gestante “no ha recibido retribución. Inc. f.”, para ellos, se trataría de un camuflaje del denominado alquiler de vientres, ya que; primero, no se prohíbe en ningún momento que el centro de salud cobre por realizar estas acciones. Este no podría ser jamás un procedimiento gratuito, en razón de los honorarios profesionales, las gestiones para establecer la salud de la madre gestante, los gastos necesarios para seleccionar a la madre gestante, entre otros gastos, por tratarse de una técnica excepcionalísima y por lo tanto muy cara. Por otro lado, hacen referencia a los costos que se manejan en países extranjeros, que oscilan entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California.

Para esta nueva legislación nacional la única que no cobraría sería la mujer gestante, y con esto estaríamos ante una nueva forma de explotación de su cuerpo, apropiándose los profesionales de una manera inescrupulosa de su vientre, inserta en un embarazo monitoreado por el centro médico y por los padres comitentes. Hasta qué punto ella es dueña de su libertad de transitar y desenvolverse en una vida habitual, poder viajar, concurrir a reuniones, o bien que sucede si la mujer fuma o toma alcohol.

Llamativamente el proyecto elimina los actuales artículos 67, 68 y 78 del Código Civil de Vélez Sarsfield, los que regulan lo que se conoce como “postergación de controversias” y establecen que no se puedan generar litigios sobre el hecho del embarazo, ni se puedan tomar medidas civiles sobre la mujer embarazada y su hijo. Bajo el anteproyecto, la mujer embarazada sometida a “gestación por sustitución” podría sufrir todo tipo de hostigamientos para comprobar la buena marcha de ese proceso.

⁷⁰ La procreación: ¿derecho o deber? El avance tecnológico como imperativo categórico: beneficios, perjuicios y prejuicios. **Autor:** Ciruzzi, María S. **Fecha:** 11-jul-2011 **Cita:** MJ-DOC-5405-AR | MJD5405 – FUENTE: MICROJURIS.COM

Finalmente, la redacción del inciso f, afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la “mujer” “no ha recibido retribución”. No es casual el uso del pasado y bien podría alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que nada prohíbe que la reciba luego.

La redacción no contempla diversas eventualidades que pueden ocurrir en el marco de las técnicas de fecundación artificial, caracterizadas por numerosos fracasos y pérdidas embrionarias. ¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer? ¿Qué sucede si los embriones no se “implantan” en el primer intento o si pierde el embarazo?

En las normas sobre adopción se prohíbe dar en adopción a un bebé recién nacido, estableciendo un plazo mínimo de 45 días desde el nacimiento (cfr. artículo 607), mientras que en la gestación por sustitución la entrega debe ser inmediata. ¿Qué pasa si la mujer gestante es casada?, el artículo nada dice si necesita autorización de su cónyuge. ¿Qué sucedería si el niño muriera antes de nacer, a quien le correspondería accionar y a quien o quienes?

Y por último a modo de reflexión señalan, que entienden que considerar la posibilidad de retribuir a la mujer no es ninguna solución a este problema. La figura del “alquiler de vientre”, que eufemísticamente el anteproyecto pretende encubrir bajo la denominación de “gestación por sustitución”, es una grave ofensa contra la dignidad del hijo, sometido a un inadmisibles contrato cosificador que se asemeja a la trata de personas, y también de la mujer, también cosificada y expropiada de su cuerpo para las rentas de los profesionales de salud y los deseos de personas adultas⁷¹.

Fieles a los principios que rigen su estructura, la bioética no hace más que encontrar los puntos contradictorios y descalificantes de la figura de la maternidad subrogada. Si bien es cierto que la figura tal y como se nos presenta a modo de proyecto a legislar, posee muchas falencias e incompletitudes, no debemos dejar de tener en cuenta que este sería el comienzo del reconocimiento de la posibilidad para aquellas familias que no pueden tener hijos propios por problemas de salud o genéticos. Por lo que para dar un marco de equilibrio, debemos tomar las

⁷¹ FUENTE: CENTRO DE BIOETICA – PERSONAS Y FAMILIA - *¿Gestación por sustitución, alquiler de vientres o explotación del cuerpo femenino?* - <http://centrodebioetica.org/2012/04/gestacion-por-sustitucion-alquiler-de-vientres-o-explotacion-del-cuerpo-femenino-2/> - consultado en julio de 2012

críticas propuestas por la bioética, como constructivas y tratar de subsanar todas aquellas aristas aun indefinidas por la legislación de fondo, a través de una ley específica que la regule acabadamente y en toda su extensión.

CAPITULO IV
PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

A - PROYECTOS PARLAMENTARIOS.

I. En contra:

I.I. En nuestra legislación, se han producido en los últimos años importantes proyectos legislativos que prohíben la maternidad subrogada.

Así encontramos entre los más actuales el que fuera elaborado por la senadora Adriana Bortolozzi de Bogado presentado el 2 de marzo de 2009 al presidente del Congreso de la Nación, que dispone expresamente incorporar al Código Civil el art. 63 bis la prohibición legal a la maternidad subrogada, que quedaría redactado de la siguiente manera: *“Los acuerdos de maternidad subrogada son insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito. Quienes lo acuerden, consientan o ejecuten, sin perjuicio de las responsabilidades que determina este código, podrán ser juzgados por los tribunales competentes como partícipes de las figuras previstas por las normas que protejan penalmente, la identidad de las personas y la fe pública”*⁷².

Entre sus fundamentos señala: la alarmante aparición de avisos vía internet, tanto de mujeres como de hombres que buscan un vientre en alquiler a cambio de dinero para concretar su voluntad reproductiva, *“... tal es el caso de un hombre cordobés radicado en España que publicó en el diario La Voz del Interior: “busco vientre en alquiler para dar un hijo. Mujer bonita, de 18 a 28 - el cual explicara que puso el aviso en Córdoba porque le gusta el tipo físico de las argentinas. Simultáneamente una joven de 27 años, madre de cuatro niños, hizo saber a los medios que habría puesto su vientre en alquiler en razón de la difícil situación económica que atravesaba”*⁷³.

Y continua la Senadora: *“En nuestro derecho la celebración aun consensual de estos acuerdos deben ser declarados nulos por vigencia de los principios generales del derecho (moralidad, buenas costumbres) o por la ilicitud de su objeto de acuerdo a la normativa del artículo 953 del Código Civil (el cual no es otro que gestación y posterior entrega de un niño). Sin embargo la ejecución en los hechos de un alquiler de vientres, pueden generar una*

⁷² SENADORA ADRIANA BORTOLOZZI DE BOGADO - Proyecto de Ley - Expediente n ° S-2.439/07 presentado el 06-08-07;“Nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación - Senado de la Nación - Secretaria parlamentaria Dirección General de Publicaciones (S-0394/09) Buenos Aires, 02 de marzo de 2009

⁷³ Ídem, cita 71.

promiscua reclamación de derechos, caos normativo sin solución jurídica razonable, acompañada por una gravísima e intensa violación a los más elementales derechos del niño: Si los contratantes son los aportantes del embrión, podrían reclamar por la procedencia biológica del niño, sin embargo la gestante podría invocar los derechos que le atribuye la norma del artículo 242 del Código Civil que determina “la maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido” (fundado en el arraigado adagio romano “Mater semper certa est”) y aducir la irrenunciabilidad de la patria potestad. También por su identidad biológica, podrían reclamar la maternidad o paternidad del niño, los cedentes de los gametos, ajenos al alquiler de vientre. Ni hablar de los derechos que podría invocar como madre la gestante si ella es la aportante del óvulo mas allá de los reclamos del que aporta la célula germinal masculina.”⁷⁴

“En cuanto al niño sufriría la privación de su derecho natural de permanecer con la madre que lo gestó y dio a luz e igualmente, aun adulto, en conocimiento de su origen, debería sobrellevar de por vida una crisis o por lo menos la duda permanente sobre su verdadera identidad biológica.”⁷⁵

“Sin perjuicio del respeto al derecho a la procreación, nuestro país conforme a su tradición de valoración de la persona humana y muy especialmente de los derechos de quienes por si, poco pueden hacer para defenderse, ha incorporado normativamente a través de la ley 23.849 a su plexo normativo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que elevada a la jerarquía de texto constitucional por el artículo 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional en su reforma de 1994, en sus artículos séptimo y octavo expresamente establecen “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 (...) 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. 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” El texto

⁷⁴ Ídem, cita 71.

⁷⁵ Ídem, cita 71.

legal transcripto mas allá de lo jurídico, en pocas palabras resume y aprecia la importancia de los vínculos de relación y dependencia mutua entre el niño por nacer y la madre, proceso natural que indudablemente conlleva fenómenos psico-afectivos hasta hoy difíciles de comprender y explicar científicamente y que marcarán la personalidad de ambos seres para toda la vida”⁷⁶.

“La intensidad de la violación de los derechos del niño en que incurrirían quienes pactasen o ejecutasen la sustitución de la maternidad y la catadura del compromiso internacional asumido por el texto de la convención parcialmente transcripta, justifican a criterio de la legisladora presentante, la propuesta de reenvío legislativo establecida por esta reforma, en el sentido de no solo nulificar la faz estática del acuerdo preconcepcional sino señalar que sus partícipes podrán ser investigados por ilícitos contra la identidad y la fe pública previstos y sancionados por los artículos 139 inciso segundo y 293 del Código Penal, cuando el alquiler del vientre se concretare en los hechos. Siendo que las modalidades de maternidad subrogada pueden suponer la violación de normas penales como los previstos en el artículo 139 inciso segundo (alterar, suprimir, o hacer incierta la identidad del menor) o en el artículo 293 (la inserción de declaraciones falsas al momento de inscribir la criatura manifestando que es fruto del parto de la aportante del óvulo o contratante femenina, siendo que nació del vientre de la sustituta, etc.) la redacción del artículo en la forma que se propone amen de informar tiene la intención de disuadir.”⁷⁷

“En verdad que la concepción, el embarazo el nacimiento, la maternidad o paternidad, más allá de cualquier discusión jurídica, bioética, o científica, implican la producción de un valor excelso: la creación de una persona; este ente viviente que no es una cosa que está dentro del comercio, no puede hallarse sujeto a negociaciones, concesiones ni renunciaciones. Convencida de que el estado legislativo actual sugiere para muchos vacío normativo asociado a permisividad, solicito la consideración y aporte critico para la sanción de este proyecto de ley”⁷⁸.

Transcripto el presente proyecto de ley, que hoy se encuentra ya fuera de curso

⁷⁶ Ídem, cita 71.

⁷⁷ Ídem, cita 71.

⁷⁸ Ídem, cita 71.

legislativo, podemos hacer una reflexión importante, para dilucidar de algún modo cual era el pensamiento cuasi generalizado de nuestros legisladores hasta hace pocos años, con un fuerte compromiso con la bioética y sus principios fundamentales, cosa que al poco tiempo fue cambiando, no necesariamente en los casos particulares de quienes siguen enrolados en estas posturas, pero si a lo que hace a la generalidad de quienes legislan, en virtud de que la maternidad subrogada o vientre en alquiler, es una realidad que se nos presenta de modo cotidiano en nuestra sociedad, con la desventaja propia de todo movimiento nuevo, que hace a la transición de pensamientos y posturas con su posterior aceptación legislativa, en virtud de una necesidad social.

I.II. Otros proyectos en contra son los que nos presenta la Dra. Famá (2011), en su trabajo: “...el proyecto para regular la reproducción humana asistida elevado por el diputado Villaverde prevé en el art. 21 que “está prohibida la implantación de embriones de la pareja beneficiaria en otra mujer, método conocido como maternidad subrogada o alquiler de vientres”. En el mismo sentido, el proyecto presentado por la diputada Majdalani establece en el art. 14 que “Se prohíbe la práctica de madres subrogantes, práctica conocida como “alquiler de vientre o útero””. En el proyecto de la diputada Bianchi también se prohíbe esta técnica, resaltándose que “es nulo todo contrato que se celebre a este efecto” (art. 16). Solo un proyecto, elaborado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y presentado por el diputado Samer, en fecha 27/10/2005, la admite excepcionalmente, al disponer en su art. 6° que “el contrato de maternidad subrogada es nulo, salvo específica autorización de la autoridad de aplicación de la ley”.⁷⁹”

“En cuanto a la determinación de la filiación de los niños habidos de dichas prácticas, merece destacarse la solución recogida en el Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1998, cuyo art. 543 establece en la última parte que, “la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”. En la exposición de motivos del proyecto, se dispone expresamente que, “esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de

⁷⁹ FAMA, María Victoria - “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema... ”⁸⁰.

Fuera de la legislación proyectada, y con respecto a la posibilidad concreta de acceder a esta técnica por parte de parejas de sexo masculino, debe mencionarse que la ley 26.618 de Matrimonio Civil la descartó implícitamente, al modificar el inc. c) del art. 36 de la ley 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (Adla, LXVIII-E, 3999), que actualmente determina que la inscripción de los “hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo” deberá contener “el nombre y apellido de la madre y su cónyuge”. La exclusiva alusión a la “madre y su cónyuge”, es prueba de una mirada condescendiente del legislador hacia la utilización de técnicas de fertilización asistida con donación de material genético por parte de parejas de lesbianas; y por el contrario, muestra clara de un reproche hacia el acceso a la maternidad subrogada por parte de parejas de varones.”⁸¹

Está claro que estas son todas posturas que han sido dejadas de lado por nuestra legislación, ya que nos encontramos en las puertas de la regulación de la “gestación por sustitución”, según se designa en el anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil, a la maternidad subrogada. Pero es importante hacer un análisis de estas ideas y proyectos, puesto que nos brindan la posibilidad de lograr apreciar el panorama que se presenta ante la escueta propuesta de regulación que nos proponen actualmente para incorporar al Código, ya que muchas de las preguntas que se hacen estos autores y legisladores no están resueltas en la reforma, y eso no es un tema menor cuando se trata de los derechos y garantías de los ciudadanos.

⁸⁰ FAMA, María Victoria - “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

⁸¹ Ídem, cita 79

II. A Favor:

II.I. Por otra parte, tenemos el proyecto del Diputado Hugo Nelson Prieto: “Maternidad subrogada: Régimen.” Presentado al Congreso el 17-08-2011.

Entre sus disposiciones generales dispone: en su “*art. 1º: La presente Ley es de orden público, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada en la República Argentina. Art. 2º: El procedimiento de la maternidad subrogada tiene por objeto permitir el acceso a la maternidad o paternidad de aquellas personas que por causas naturales se encuentran imposibilitadas de procrear. Art. 3º: En el procedimiento de la maternidad subrogada es prioritario garantizar en todo momento el interés superior del menor. Art. 4º: La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes. Art. 5º: Las prácticas previstas en la presente Ley se llevarán a cabo en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la autorización otorgada por la autoridad competente. Art. 6º: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil de la Nación Argentina”*⁸².

Asimismo dispone la creación de una agencia pública de maternidad subrogada, estableciendo su competencia y reglamentación. También regula el llamado “instrumento de maternidad subrogada” con sus requisitos y particularidades, que en su art 17 reza: “... *es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la mujer gestante y el o los subrogantes acuerdan concretara el procedimiento de maternidad subrogada. El instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad competente, no surtiendo efecto jurídico alguno hasta entonces., este instrumento da forma y es constitutivo e indispensable para que el acuerdo de voluntades sea válido y existente”*.

Entre sus requisitos se resguarda la dignidad humana y el interés superior del menor, y sus clausulas deben asegurar la integridad del embrión y posterior feto además del bienestar

⁸² DIPUTADO HUGO NELSON PRIETO - PROYECTO “Maternidad subrogada: Régimen”. Presentado el 17 de agosto de 2011 - <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011> – consultado en octubre de 2011

general de la mujer gestante. El art. 23 determina que: “*la presunción de maternidad del artículo N° 242 del C.C es sustituida por la filiación que determina el instrumento homologado*”. A continuación se determinan los requisitos para ser mujer gestante y sus obligaciones, así como también los requisitos y obligaciones del o los subrogantes, los cuales deberán solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada, no pudiendo haber una retribución o contraprestación de ningún tipo a favor de la madre gestante.⁸³

Este fue uno de los proyectos más renombrados dentro de la Legislatura, pero tampoco llegó a término, de igual modo podría decirse que fue el punta pie inicial para lograr el cambio de percepción de la maternidad subrogada. Si bien una de las críticas más relevantes es que no se refiere en ningún momento al precio o contraprestación económica de la madre gestante, no se hace alusión a si es un contrato a título gratuito u oneroso, lo que para muchos que opinan en contra de esto, concluyen en que permitiría el abuso y el comercio de vientres en sustitución. Puesto que como es sabido; Lo que la ley no dice, nada reglamenta. Y teniendo en cuenta que se está regulando algo tan delicado como es la maternidad y los derechos de las personas, no es propicio dejar librado al azar nada que pueda devenir en un abuso.

II.II. Por otro lado tenemos el proyecto del Diputado Gerardo Fabián Milman: “Régimen de Maternidad Subrogada: Creación” 25-10-2011. En sus primeras disposiciones se establece que: “*Art. 1º: La presente ley es de orden público y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada en la República Argentina. Art. 2º: A los fines de esta ley se entiende por maternidad subrogada al compromiso entre una mujer - denominada "mujer gestante"- con una pareja comitente - denominados "subrogantes"-, a través del cual la mujer gestante acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para ser fertilizada con el aporte del material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y entregar en adopción a los subrogantes el niño o niños que pudieran nacer. Art 3º: La maternidad subrogada tendrá por objeto permitir la procreación a una pareja constituida por un hombre y una mujer, unida en matrimonio o en concubinato, en la que la mujer se encuentre imposibilitada de llevar adelante la gestación o que ésta resulte inconveniente por entrañar riesgos para su salud o para su vida. Está prohibido llevar adelante cualquier procedimiento de maternidad subrogada con material genético ajeno a la pareja*

⁸³ Ídem: referencia 81.

subrogante. La maternidad subrogada se hará sin fines de lucro para los subrogantes y para la mujer gestante. Art. 4º: En todo el proceso de la maternidad subrogada se velará prioritariamente por la salud y la vida de la madre gestante, por la integridad del embrión y, posteriormente, del feto y por el interés superior del menor nacido como producto del procedimiento”⁸⁴.

También se crea como autoridad de aplicación la Dirección de Maternidad Subrogada dependiente del Ministerio de Salud de la Nación. El compromiso entre las partes se plasma en el instrumento de maternidad subrogada perfeccionado también por homologación y luego se regulan los derechos y obligaciones de las partes; así como también los requisitos para acceder a estos tratamientos.

Entre sus fundamentos sostiene que la maternidad subrogada es una solución que nos ofrece la medicina y una necesidad insustituible a la hora actual de que se encuentre debidamente regulada para dar respuesta a las parejas que se encuentran impedidas de procrear⁸⁵.

Es importante destacar que en este proyecto se deja aclarado que la maternidad subrogada es solo para las parejas heterosexuales y que además aporten uno o ambos su material genético, es decir tiene que haber una conexión biológica necesaria entre uno o ambos comitentes y el niño por nacer, lo que intentaría solucionar de alguna manera la cuestión filiatoria, puesto que si se tratase de un niño nacido de una madre sustituta, pero que posee conexión genética con el esposo de la pareja comitente, la madre gestante solo debería dar en adopción al niño a la esposa de la pareja, ya que la filiación entre el niño y su padre no se discute. Lo propio ocurriría si ambos padres hubiesen aportado el embrión, no habiendo conexión alguna con la madre gestante, más que el hecho del parto, cuestión resuelta previamente por el acuerdo de partes.

De igual modo regula la cuestión económica, cuando dice que “*es sin fines de lucro*”, pero deja sin resolver lo que sucede con los gastos y demás necesidades propias de un embarazo, tampoco está determinado que se toma como lucro o no, cuales serían los montos entre los que podrían manejarse para no caer en un beneficio económico, porque para algunas personas un

⁸⁴ DIPUTADO GERARDO FABIAN MILMAN - “REGIMEN DE MATERNIDAD SUBROGADA: CREACION” Cámara de Diputados de la Nación – Proyecto de Ley – N° de expediente 5201-D-2011 – Trámite Parlamentario- Presentado el 25 de octubre de 2011 - <http://www.lhcdn.gov.ar/provxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4378-D-2012> - consultado en octubre de 2011

⁸⁵ Ídem, cita 83.

pequeño monto ya es lucrativo y para los que están en una posición económicas más favorable, ese mismo monto sería efímero, esto si hablamos en términos monetarios, pero al no definir lo que es “lucro”, también podríamos incluir como lucrativo bienes o beneficios especiales.

Todas estas son cuestiones que a la hora de legislar son fundamentales en su determinación clara y precisa, ya que no se pueden dejar al arbitrio de los particulares, en virtud de los abusos y deformaciones que pudieran producirse, al existir una deficiente, incompleta o “ahuecada” legislación.

II.III. Por último nos referiremos al reciente anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial – Año 2012.

En el presente proyecto legislativo, se encuentra incluida la maternidad subrogada, colocando a nuestro país como el primero en Latinoamérica en debatir oficialmente sobre el tema. El informe trata en su punto n° 6 la gestación por sustitución: reconociendo como central a la voluntad procreacional, expresada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. Para esto el juez deberá constatar que la gestante no haya recibido retribución de ningún tipo y que al menos uno de los comitentes aporte material genético⁸⁶

Entre los requisitos que deberá tener en cuenta la autoridad judicial para autorizar la técnica reproductiva se contempla el interés superior del niño, que al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, que la gestante no puede aportar gametos ni recibir retribución, que debe tener al menos un hijo propio y que no puede someterse a la gestación por sustitución más de dos veces, también se debe demostrar la imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término por parte de la pareja comitente⁸⁷.

Caemos nuevamente en el déficit legislativo, nos encontramos ante un proyecto que en pocos renglones pretende reglamentar una situación de tamaño envergadura, como es la maternidad por sustitución, a la cual llama “gestación por sustitución”, un punto fundamental es que, no regula con respecto a las instituciones habilitadas para realizar este tipo de tratamientos, solo se refiere al centro de salud interviniente, como ente responsable de recabar el

⁸⁶ FUENTE: ARGENTINA EN NOTICIAS – ARGENTINA.AR – “Reforma del Código Civil y Comercial” con fecha 22 de mayo de 2012 - <http://argentinaar.publicadigital.com.ar/temas/pais/130-reforma-del-codigo-civil-y-comercial> - consultado en junio de 2012

⁸⁷ FUENTE: DIARIO DIGITAL DE LA AGENCIA DE NOTICIAS TELAM –“ El anteproyecto del Código Civil incluye la posibilidad de gestar el hijo de otra mujer” - <http://www.telam.com.ar/nota/25647/> - Silvina Molina – 18 de Mayo de 2012

consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, y que tampoco pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial correspondiente, para la maternidad subrogada, específicamente.⁸⁸.

Por otra parte, nada dice tampoco en relación a quien o quienes deben hacer frente a los gastos tanto para llevar un embarazo a término, como para la designación de quienes serán las elegidas como madres gestantes. En cuanto al acuerdo de partes, que debe ser homologado por un juez no establece ningún tipo de requisitos básicos que debiera cumplir, simplemente habla de una homologación, por lo queja librado al criterio de los jueces la determinación de su procedencia, cuestiones que traen aparejadas miles de trabas y contratiempos propios de la inexperiencia procesal.

Tampoco se habla del plazo para hacer entrega del menor a sus padres comitentes, o de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto a la filiación y la manera de determinar la misma, todo esto podría creerse por deducción que debería ser pactado en el acuerdo homologado, pero si nos estamos refiriendo a personas, a niños indefensos, ¿cómo puede el legislador dejar librado a la autonomía de las partes la suerte de los derechos de un niño?

Estas y miles de aristas se abren cuando nos referimos a la maternidad subrogada, que si bien es necesaria y muy provechosa para muchas parejas que desean tener un hijo, también tiene su lado contradictorio al no regular correctamente los derechos fundamentales de los involucrados.

Es fundamental contar con una legislación, clara y precisa que brinde pautas concretas y la seguridad jurídica necesaria a la hora de regular este tipo de contrataciones y la utilización de las nuevas técnicas reproductivas, y como eje primordial se debe respetar y resguardar ante todo el interés del menor, como la figura más débil que involucra esta práctica.

Ni las posturas abstencionista y las prohibitivas garantizan el resguardo necesario y la solución a los problemas que pudiera acarrear esta práctica, por lo que nos enrolamos en la postura de la regulación, que es la que de un modo u otro va a llevar a subsanar paulatinamente

⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida – (2012) “*Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*” – Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 – Editorial: Abeledo Perrot, Talleres Gráficos “La Ley S.A.E. e I.” – Buenos Aires – Argentina.

cada una de las arista que pudieran resultar insuficientes. Pero repetimos, sea cual fuere, el modelo a seguir, lo fundamental es el resguardo del interés general del menor y su derecho a la identidad.

CONCLUSION

El presente trabajo pretende mostrar una realidad que es parte de nuestra sociedad, y que va mucho más allá de cualquier concepto hasta ahora establecido en las estructuras que reinaban nuestras leyes. La maternidad subrogada, hace a la evolución de los seres humanos como sociedad propia de un estado, pero parte de una sociedad mucho mayor que es el mundo en sí. Por lo que, nos corresponde adaptarnos a los cambios constantes que se importan desde ámbitos sociales mucho más avanzados. Es válido el argumento, de que debemos legislar para nuestra sociedad y no para otras o copiando otras legislaciones foráneas que se basan en los usos y costumbres o tradiciones de sus propios habitantes, pero no es menos válido el argumento de que, quienes viven en nuestro territorio tienen el derecho a que nuestra legislación les permita la libertad de elección, puesto que la procreación está directamente ligada a la libertad y a la voluntad de los individuos, de desarrollarse como hombres y mujeres de familia.

La maternidad subrogada, a pesar de los debates y contradicciones que genera constantemente, teniendo en cuenta las posturas contrapuestas, sobre todo si pensamos en el resguardo de nuestros principios fundamentales, que imperan en nuestro derecho con un fuerte matiz religioso y ético, esta es una realidad que le permite a muchas parejas encontrar el medio para lograr la procreación, es decir, la posibilidad de ser madres o padres.

Como venimos diciendo, las posiciones encontradas son muchas, pero no debemos desalentar esta figura por las críticas que se le hagan, al contrario debemos reforzarla y mejorarla legislativamente, teniendo en cuenta justamente estas críticas muy claras, tales como, ¿Qué sucede si la madre portadora se arrepiente en medio del embarazo? ¿Puede hacerlo? ¿Qué sucede con ese niño, si el embrión es de los comitentes? O por otro lado, ¿Qué sucede si el matrimonio comitente se divorcia antes del parto? ¿Cómo determinamos la filiación del nacido?

Como se ve son muchos los interrogantes que podemos plantearnos, pero está claro que siempre ante una nueva legislación o la implementación de una figura hasta el momento desconocida para nosotros, van a surgir dudas y aspectos poco claros, pero es importante atender a estas situaciones, y es una responsabilidad de nuestros legisladores, desarrollar una sólida regulación de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, como se le llama en el nuevo proyecto de unificación de nuestro Código Civil.

Siempre es preferible que este regulado, a que la ley nada diga, porque los vacíos legales y más en estas cuestiones tan delicadas, son tierra fértil para los abusos y la violación de los derechos de las personas involucradas.

Es coherente la inclusión dentro de la reforma del Código Civil y Comercial, de la figura de la gestación por sustitución, lo que no queda claro es porque es tratada con tanta laxitud legislativa, es posible que pretendan dejar los pormenores del caso a una ley específica, que regule taxativamente la figura, tal como lo hace en su art. 560 y 562 al referirse al consentimiento previo, que debe ajustarse a los requisitos previstos en una disposición especial, pero, ¿Hasta qué punto esto es apropiado, para nuestra realidad social y legislativa? Si van a legislar una figura de tanto interés social, sería preferible un tratamiento acabado del tema, para que desde su base, contenga reglas claras en su procedimiento, y no dejar al arbitrio de los jueces y la habilidad de los letrados, la determinación de si corresponde o no que una pareja o persona sola, tenga o no el derecho a formar una familia, a través de una homologación judicial.

Somos contestes en afirmar, que las leyes de fondo no deben ser tan extensas que pierdan su sentido, pero si deben ser lo suficientemente abarcativas para regular los aspectos fundamentales de las figuras que resguardan, y esto es un poco lo que se ve en este proyecto de reforma, que deja abierta la posibilidad para que una ley especial reglamente de forma específica la figura de la gestación por sustitución.

De esta manera concluimos nuestro trabajo, quedando en claro cuál es nuestra postura al respecto y sobre todo pretendiendo que las libertades y los derechos de los seres humanos que hacen a su integridad y desarrollo personal e individual, sean legislados de manera responsable por el ordenamiento que los contiene y no que se tenga que acudir al llamado “turismo procreacional”, para lograr el sueño de ser padres.

BIBLIOGRAFIA**DOCTRINA:**

(1) **INFORME DE WARNOCK**, Comisión de Investigación sobre fertilización humana y embriología: *Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Londres (1984). (Versión digital) – consultado en agosto de 2012-

<http://books.google.com.ar/books?id=jnQBSmzrQ7UC&pg=PA75&lpg=PA75&dq=INFORME+DE+WARNOCK,+Comisi%C3%B3n+de+Investigaci%C3%B3n+sobre+fertilizaci%C3%B3n+humana+y+embriolog%C3%ADa:+Report+of+the+Committee+of+Enquiry+into+Human+Fertilisation+and+Embryology.+Londre&source=bl&ots=LMRIcdT9Gg&sig=gLo6xkv5VvIbs3isOX52vNjoeLo&hl=en#v=onepage&q=INFORME%20DE%20WARNOCK%2C%20Comisi%C3%B3n%20de%20Investigaci%C3%B3n%20sobre%20fertilizaci%C3%B3n%20humana%20y%20embriolog%C3%ADa%3A%20Report%20of%20the%20Committee%20of%20Enquiry%20into%20Human%20Fertilisation%20and%20Embryology.%20Londre&f=false>

(2) **ZANNONI**, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 3ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 530; **WAGMAISTER**, Adriana, "Maternidad subrogada", RDF n° 3, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 20 y "Fecundación asistida", RDF n° 41, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 147 y ss.; **SAMBRIZZI**, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, El Derecho, Buenos Aires, 2004; **LOYARTE**, Dolores - **ROTONDA**, Adriana, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 318 y ss.; **MÉNDEZ COSTA**, María Josefa - **D'ANTONIO**, Daniel H., Derecho de familia, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 71; **MEDINA**, Graciela - **ERADES**, Graciela, "Maternidad por otro. Alquiler de úteros", JA, 1990-II-714.

(3) **KRASNOW**, Adriana N., Filiación, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 230; **ARSON DE GLINBERG**, Gloria H. - **SILVA RUIZ**, Pedro F., "La libertad de procreación", LA LEY, 1991-B, 1198.

(4) **GROSMAN**, Cecilia, "De la filiación", en BUERES, Alberto J. (dir.) - **HIGHTON**, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1-B, 3a reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 327. Para un mayor desarrollo de este amplio espectro de posibilidades desde las perspectivas médica y jurídica, se recomienda compulsar **SÁNCHEZ ARISTI**, Rafael, "La gestación por sustitución: dilemas éticos y

jurídicos", en Humanitas. Humanidades médicas n° 49, abril de 2010, disponible en www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf.

(5) **MEDINA, GRACIELA-WINOGRAD, CAROLINA**, LexisNexis Jurisprudencia Argentina “*Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada*” – 2000 - Doctrina JA 2000-IV-1078

(6) **MEDINA, GRACIELA - Maternidad por sustitución** – “*Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana*” Publicado en: LA LEY1997-C, 1433

(7) **MEDINA, GRACIELA Y ERADES, G.** “*Maternidad por otro. Alquiler de úteros*”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1990-II, 14, ns. IV y V. – Año 1990.

(8) **ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, M. Victoria** – “*La Maternidad Subrogada y la Mediatización del Ser Humano*”; Año: 2005 - Docentes de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. www.centrodefilosofia.org.ar Investigación y Docencia N° 38 - ISSN 1851-2844

(9) **WAGMAISTER, Adriana**, “*Maternidad Subrogada*”, en “Revista Derecho de Familia”, n° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss.

(10) **CIURO CALDANI, Miguel Ángel**, “*Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino*”, Año: 1999 - en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 23, págs. 39/40.

(11) **FAMA, María Victoria** - “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*” – 1 - LA LEY. Diario. 2011, 75 (115) <http://www.ip.laleyonline.com.ar/> - consultado en julio de 2011

(12) **MALAURIE, Philippe** “*La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit de connaître ses origines. L’affaire Odièvre*”, La semaine juridique. Núm 26, 2003. p. 546.

(13) **KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - HERRERA, MARISA - LAMM, ELEONORA** – *“Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”* - Publicado en: LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1

(14) **HERITIER, François**, Masculin / Féminin. La pensée de la différence, Odile Jacob, París, 1996, citada por Comité Consultatif National d'Ethique de Francia. Opinión n° 90 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación" en <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf> - LA LEY 20/09/2010, 20/09/2010, 1.

(15) **RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco**, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/IX a 2/X/1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 146.

(16) **CANO, María Eleonora** - *“Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”*. Pagina: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> - consultado en julio de 2011.

(17) **PÉREZ, Fernanda V.** – *“Maternidad subrogada”* - Publicado el 21-mar-2011 Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 – FUENTE: MICROJURIS.COM - - consultado en julio de 2011.

(18) **ZANNONI, Eduardo A.**, "Derecho civil y derecho de Familia.", editorial AESTRA – Bs. As. Argentina – 2012.

(19) **PARELLADA, Carlos A.** *“Una aproximación del Derecho de Daños, frente al manipuleo genético”*, en VV.AA, Derecho de Familia, libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1990.

(20) **BERGER, Sabrina M.** *“Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito”*. - Por: Trabajo de investigación. Diario La Ley – Agosto de 2010.

(21) **GUAHNON**, Silvia V. - **IOVANNA**, María P. - **SOMER**, Marcela P. - *“Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica”* - Fecha B.O.: 8-may-2007 - Cita: MJ-DOC-3083-AR | MJD3083 /

(22) **MATOZZO DE ROMUALDI**, Liliana Ángela - ¿Madre subrogada o esposa subrogada? Autor: Cita: MJ-DOC-885-AR | MJD885 /

(23) **PÉREZ**, Fernanda V. - Maternidad subrogada - Fecha: 21-mar-2011 Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 – FUENTE: MICROJURIS.COM

(24) **CIRUZZI**, María S. - La procreación: ¿derecho o deber? El avance tecnológico como imperativo categórico: beneficios, perjuicios y prejuicios. - Fecha: 11-jul-2011 Cita: MJ-DOC-5405-AR | MJD5405 – FUENTE: MICROJURIS.COM

(25) **FARNÓS AMORÓS**, Esther - **Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California.**- Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 - Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra – IN DRET REVISTA PARA EL ANALISIS DEL DERECHO – www.indret.com – consultado en junio de 2011.

(26) **NOUCHE**, Nora - **Abogada (UK), Docente Universitaria - EL DERECHO AL SERVICIO DE LA CIENCIA** Equipo Federal de Trabajo - Publicado el 04-09-2011 / Edición N° 76 –

http://www.newsmatic.epol.com.ar/index.php?Accion=VerArticulo&NombreSeccion=Etica&aid=35831&pub_id=99

(27) **TORRES VALLE**, María Iris - **Reglamentación de la maternidad subrogada ¿Solución a una realidad social?** - Mayo de 2010 - Abogada Redactora de LEGIS - LEGIS MEXICO-iris.torres@legis.com.mx

http://www.legis.com.mx/BancoConocimiento/A/articulos_de_opinion_reglamentacion_de_la_maternidad_subrogada_%C2%BFsolucion_a_una_realidad_social/articulos_de_opinion_reglamentacion_de_la_maternidad_subrogada_%C2%BFsolucion_a_una_realidad_social.asp

(28) **MIR CANDAL, Leila** - La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. – Antropóloga, Especialista en salud - Universidad de Buenos Aires.

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

(29) **Lic. Alma Arámbula Reyes:** Investigadora Parlamentaria - **Lic. María Paz Richard Muñoz:** Asistente de Investigador - **Cándida Bustos Cervantes:** Auxiliar de Investigador – *Maternidad Subrogada* – Cámara de Diputados LX legislatura - México DF - Agosto, 2008.

(30) **Mtra. Claudia Gamboa Montejano:** Investigadora Parlamentaria *MATERNIDAD SUBROGADA ESTUDIO TEÓRICO CONCEPTUAL Y DE DERECHO COMPARADO (Primera Parte)* - Cámara de Diputados LX legislatura - México DF - Octubre, 2010.

(31) **RIVAS RIVAS, Ana María** - **Pluriparentalidades y parentescos electivos.** Presentación del volumen monográfico - Universidad Complutense de Madrid rivasant@cps.ucm.es - *Revista de Antropología Social* ISSN: 1131-558X - 2009, 18 7-19.

(32) **CODICO CIVIL COMENTADO – DERECHO DE FAMILIA - TOMO I y II – Francisco A. M. FERRER, Graciela MEDINA, María Josefa MENDEZ COSTA – ARTS 159 a 263** – Rubinzal – Culzoni Editores – 2007.

(33) **LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida** – (2012) “*Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*” – Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 – Editorial: Abeledo Perrot, Talleres Gráficos “La Ley S.A.E. e I.”– Buenos Aires – Argentina.

JURISPRUDENCIA:

(1) **Corte Sup. California EE.UU.** de A., 20/05/1993, "Johnson c. Calvert /1993 WL 167739 [Cal.]", JA 1995-I-440, con nota de WAGMAISTER, Adriana - LEVY, Lea, "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica".

(2) Apelación por Fiscal en Valencia – (compulsada el 23/09/2010) // BOE-A-2010-15317, de 7/10/2010, <http://www.boe.es> – Instrucción del DGRyN, <http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20100917/54004960713/anulan-el-registro-de-los-hijos-de-un-matrimonio-gay-concebidos-por-una-madre-de-alquiler.html> - consultado en Agosto de 2011.

(3) L. A. del C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) / amparo - Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes - 28-mar-2012 - Cita: MJ-JU-M-71768-AR | MJJ71768 | MJJ71768 – FUENTE: MICROJURIS.COM

LEGISLACION:

(1)SENADORA ADRIANA BORTOLOZZI DE BOGADO - Proyecto de Ley - Expediente n ° S-2.439/07 presentado el 06-08-07;“Nulificación expresa de acuerdos de maternidad por subrogación - Senado de la Nación - Secretaria parlamentaria Dirección General de Publicaciones (S-0394/09) Buenos Aires, 02 de marzo de 2009

(2)PRIETO, HUGO NELSON – “Maternidad subrogada: régimen”. – Cámara de Diputados de la Nación – Proyecto de Ley - N° de Expediente 4098-D-2011 – Trámite Parlamentario 112 (presentado el 17 de agosto de 2011) - consultado en octubre de 2011 - <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011>

(3) NOTICIAS JURIDICAS: BASE DE DATOS – LEGISLACION: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. (Vigente hasta el 28 de mayo de 2006) – consultado en junio de 2012 – http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-135-1988.html

(4) Ley de Protección del Embrión N° 745/90 Alemania en vigencia desde el 1° de Enero del año 1991 – Pagina Web: *[versión digital]* http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014 – Consultado en Julio de 2012.

(5) **DIPUTADO GERARDO FABIAN MILMAN** - “*Régimen de maternidad subrogada: creación*” Cámara de Diputados de la Nación – Proyecto de Ley – N° de expediente 5201-D-2011 – Trámite Parlamentario- Presentado el 25 de octubre de 2011 - <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4378-D-2012> - consultado en octubre de 2011

ARTICULOS PERIODISTICOS:

(1)**DIARIO CLARIN**. Edición digital. “*La maternidad subrogada en el Código Civil*”: publicado 04/07/12 - 02:29 – http://beta.clarin.com/sociedad/maternidad-subrogada-Codigo-Civil_0_730726966.html - consultado en agosto de 2012

(2) **ARAUJO RODRÍGUEZ**, Ana Lizbeth, “*La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas*” (2009), Estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo. Miembro fundador de la Asociación Civil AD JURIS, Acción Desarrollo Jurídico Social, asociación conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho y CC.PP. de la UNT. Trujillo 2008 – <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html> - consultado en Julio de 2011.

(3) Fuente **SEPA MÁS**: <http://actualidad.rt.com/sociedad/view/18778-Nace-primer-ni%C3%B1o-sin-madre-en-Rusia> – Publicado el 26 de Octubre de 2010. – Consultado en Junio de 2012

(4) Fuente: **SURROGAT-INFO: TRÁFICO ALIANZA ANTI COMENTARIOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ASIA** - <http://www.surrogat.info/es/alliance-anti-traffic-kommenterar-surrogatmodraskap-i-asien/#more-171> – Publicado el 28 de marzo de 2012 – consultado en Junio de 2012

(5) **Marisa Brel** – Pagina oficial <http://www.marisabrel.com.ar/> - consultada en agosto de 2011 y <http://www.voyasermadre.com.ar/en-los-medios/marisa-brel-y-el-alquiler-de-un-vientre-en-ee-uu-para-tener-un-hijo-mas/> - consultada en agosto de 2011.

(6) **NOTA EN TN** – Programa: OTRO TEMA – conducido por el periodista Santos Biasatti – del día Miercoles 24 de Agosto de 2011 - <http://tn.com.ar/otro-tema/00064857/que-es-la-maternidad-subrogada> - - consultado en agosto de 2011

(7) FUENTE: **Pagina 12** – **SOY** – Cruzando las Fronteras – 19 de agosto de 2011 – Liliana Viola – consultado en octubre de 2011- <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2089-2011-08-19.html>

(8)FUENTE PERIODOSTICA – **MINUTO UNO** – Publicado el 7 de septiembre de 2011 - <http://www.minutouno.com/notas/151859-flor-de-la-v-presenta-en-sociedad-a-sus-mellizos-> - Consultado en Octubre de 2011.

(9) FUENTE: **CENTRO DE BIOETICA – PERSONAS Y FAMILIA** - *¿Gestación por sustitución, alquiler de vientres o explotación del cuerpo femenino?* - <http://centrodebioetica.org/2012/04/gestacion-por-sustitucion-alquiler-de-vientres-o-explotacion-del-cuerpo-femenino-2/> - consultado en julio de 2012.

(10) FUENTE: **ARGENTINA EN NOTICIAS – ARGENTINA.AR** – “Reforma del Código Civil y Comercial” con fecha 22 de mayo de 2012 - <http://argentinaar.publicadigital.com.ar/temas/pais/130-reforma-del-codigo-civil-y-comercial> - consultado en junio de 2012

(11) FUENTE: **DIARIO DIGITAL DE LA AGENCIA DE NOTICIAS TELAM** –“El anteproyecto del Código Civil incluye la posibilidad de gestar el hijo de otra mujer” - <http://www.telam.com.ar/nota/25647/> - Silvina Molina – 18 de Mayo de 2012

(12) **LA NACION – POR: GUSTAVO BARCO** – Vientre se alquila: maternidad en debate - Domingo 31 de agosto de 2008 | Publicado en edición impresa LA NACION – Sociedad.

(13) **PAGINA/12 - Por Pedro Lipcovich - Dos proyectos en gestación** – Lunes 4 de septiembre de 2006 – Publicado en PAGINA/12 - SOCIALES - <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-72485-2006-09-04.html>

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:	Ortellado, Claudia Lorena
E-mail:	claudiaortellado@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	MATERNIDAD SUBROGADA Y ALQUILER DE VIENTRES: Una realidad no legislada.
Título del TFG en inglés	REPLACED MATERNITY AND RENT OF ABDOMENS: A not legislated reality.
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA (Proyecto de Investigación Aplicada)
Integrantes de la CAE	WARDE, Adriana – TABOAS, Verónica
Fecha de último coloquio con la CAE	Martes 6 de Noviembre de 2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	CLAUDIA L. ORTELLADO –TFG – ABOGACIA Formato .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 06 mes(es)

No autorizo

Firma del alumno

