

# Trabajo Final de Grado



## MADRES POR SUBROGACION- ALQUILER DE VIENTRE

Universidad Siglo XXI

MATERIA: Seminario Final

CARRERA: Abogacía

MODALIDAD: Distribuida

TUTORA: Abg. Paula Altamirano

ALUMNA: Elina E. Asatt Pescara

*Dedico este trabajo a:*

*Mi hija, que me ilumina desde el cielo*

*Mis padres*

*Mi compañero y amigo Luis*

*Mis docentes por plasmar en mí la semilla de la investigación*

## ÍNDICE

1. RESUMEM.....	5
2. ABSTRACT.....	6
3. INTRODUCCIÓN.....	7
OBJETIVO GENERAL.....	12
OBJETIVOS PARTICULARES.....	12
4. CAPITULO I “ASPECTOS GENERALES”.....	13
4.1.1. Definiciones.....	14
4.1.2. Ser madre en el siglo 21.....	15
5. CAPITULO II “LA PROCREACION”.....	18
5.1. La procreación, constituye una garantía individual.....	19
5.2. Derechos involucrados: la privacidad; la maternidad-paternidad y la reproducción.....	21
5.3. La procreación como derecho.....	23
5.3.1. Como derecho a la salud.....	25
5.3.2. Como derecho a la libertad o autodeterminación personal.....	27
5.3.3. Como derecho de fundar una familia.....	28
5.3.4. El derecho a la protección de la salud de la familia.....	29
5.4. Contenidos y aspectos de la libertad de procrear.....	30
5.5. Titulares de la libertad de procrear.....	31
5.6. Límites a la libertad de procrear.....	32
5.7. El <i>rightto reproduce</i> en el Derecho norteamericano.....	34
5.8. El derecho a procrear en el ordenamiento español.....	34
5.9. El interés del Estado vs. El interés particular.....	35
5.10. Introducción a la problemática de los nuevos métodos de fertilización.....	37
5.10.1.1. Diferentes técnicas.....	39
6. CAPITULO III “MATERNIDAD Y FILIACION”.....	41

6.1.	Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.....	45
6.2.	Determinación de la maternidad según el Código Civil Argentino .....	47
6.2.1.	Maternidad compartida .....	48
6.3.	El principio “ <i>mater semper certa est</i> ” .....	48
6.4.	El nuevo paradigma .....	49
6.5.	Imputación de maternidad matrimonial y extramatrimonial.....	50
6.6.	El cambio de conceptos paternidad y maternidad.....	51
7.	CAPITULO IV “LA SUBROGACION” .....	52
7.2.	El contrato de subrogación.....	52
7.3.	La mujer como objeto del contrato “Úteros de alquiler” .....	58
7.4.	La subrogación aplicada a la maternidad .....	60
7.5.	Hechos y actos que dan origen a la Maternidad Subrogada.....	61
7.6.	Clases de maternidad subrogada .....	62
8.	CAPITULO V “ENTRE EL DESEO Y LA COMERCIALIZACIÓN” .....	64
8.1.	Mercantilización.....	66
8.2.	Consentimiento y responsabilidad jurídica, presupuestos de la procreación asistida .....	68
8.3.	La responsabilidad del Estado.....	69
8.4.	Legislación internacional .....	71
8.4.1.	Las diferentes posiciones legales en el mundo.....	76
8.4.1.1.	La adopción como alternativa .....	81
8.5.	Nasciturus y su situación jurídica .....	83
9.	CONCLUSION.....	84
10.	ANEXO 1.....	88
11.	BIBLIOGRAFIA .....	97

## 1. RESUMEM

La ciencia versus la vida misma, el deseo, la procreación, el tema relevante trae como causa la infertilidad.

Los permanentes avances en el desarrollo de las tecnologías, son día a día más profundos y vertiginosos y sus consecuencias consideramos ameritan ser reguladas por el derecho.

Como podremos observar durante el desarrollo del presente trabajo, los avances biotecnológicos implican la posibilidad del hombre de influir en el control, la manipulación y desarrollo de la vida humana. La tecnología aplicada a las ciencias biológicas y médicas, nos obliga a reflexionar sobre el marco regulatorio aplicable en cuanto al origen, desarrollo y término de la vida humana.

La maternidad subrogada, es la manifestación más evidente y la que nos interesa aquí, debido a la trascendencia de sus efectos y a la casi inexistente legislación sobre el tema, pretendemos al menos lucubrar el arrendamiento de útero o gestación por sustitución.

El actor principal del presente trabajo es EL POR NACER, sus derechos, su futuro. El mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer. Vamos a ver como la libertad del ser ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen, en “un modelo para armar”.

La naturaleza femenina, enclaustrada en la milagrosa disposición para ser fecunda, es de quien depende la continuación de la raza humana, condición que se ha transformado en una máquina de hacer bebés, una cosa que solo sirve a los fines útiles de engendrar un hijo como quien pinta un cuadro para luego venderlo.

## 2. ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

### Surrogate Mother-Surrogacy

Science versus life, desire, procreation, the outstanding issue brings infertility as cause. Permanent advances in technology development are everyday more deep and vertiginous and their consequences are considered to be regulated by law.

As it can be observed during this work, biotechnological advances imply a possibility of man to produce an effect on control, manipulation and development of human life. A technology applied to biological and medical sciences obliges to reflect on applicable regulatory frame in regard to origin, development and end of human life.

Surrogate motherhood is the most obvious declaration and the one which is concerned here, due to the importance of its effects and to its almost non-existent legislation on the matter, gestational surrogacy is pretended to be lucubrated at least.

The leading actor of this work is the UNBORN BABY, his/her rights, his/her future. The simple fact of individual manipulation, transforming him/her into a thing, results to the detriment of development of his/her personality, pre-establishing as a subject matter of a contract, organizing arbitrarily the time and place where he/she has to be born. It can be observed that individual freedom has been subdued from the beginnings of the person life by means of using techniques that come about in “a model to build”.

The female nature, cloistered in a miraculous dispositionable to be fertile, from which depends a continuation of human race, a condition that has been transformed into a machine to reproduce babies, something that is useful only to create a child like someone who paints a picture in order to sell it immediately.

### 3. INTRODUCCIÓN

#### LA MATERNIDAD EN EL SIGLO 21

La ciencia ha sido nuestro aliado por siglos, siempre nos ha puesto en dicotomías tales, de sopesar los pro y los contra de su aplicación y muchas veces “elegir”, entre la vida y la muerte, también nos ha permitido conocer nuestros orígenes, obtener el reconocimiento judicial de padres biológicos, determinar autores en un delito, por citar algunos puntos importantísimos sobre los que la ciencia nos ha ayudado a ser más justos y decidir con conocimiento acabado los hechos, para aplicar el derecho.

Hoy nos muestra otra de sus aristas, pero esta vez sobre la vida, el deseo, la procreación, el tema relevante trae como causa la infertilidad, que ha sido un problema durante largo tiempo y desde comienzos de la historia del hombre.

Los permanentes avances en el desarrollo de las tecnologías, son día a día más profundos y vertiginosos y sus consecuencias consideramos ameritan ser reguladas por el derecho.

Como podremos observar durante el desarrollo del presente trabajo, los avances biotecnológicos implican la posibilidad del hombre de influir en el control, la manipulación y desarrollo de la vida humana. La tecnología aplicada a las ciencias biológicas y médicas, nos obliga a reflexionar sobre el marco regulatorio aplicable en cuanto al origen, desarrollo y término de la vida humana.

La inseminación artificial, la fecundación In Vitro y la maternidad subrogada, son las manifestaciones más evidentes y las que nos interesan aquí, en cuanto a sus avances científicos.

Debido a la trascendencia de sus efectos y a la casi inexistente legislación sobre el tema, pretendemos al menos lucubrar el arrendamiento de útero o maternidad subrogada.

El poder ser madre, es el regalo más hermoso que nos supo otorgar Dios, más allá del credo que profesemos. En el siglo 21 aún sigue siendo un privilegio y por ello, las que poseen ese don hoy en muchos casos, alquilan sus vientres, y quienes sienten ese deseo inconmensurable de serlo, recurren a todos los medios posibles para tener un hijo, sin medir quizás las consecuencias, que marcarán a esas personitas durante el

resto de sus vidas, y he aquí un claro interrogante, ¿hasta qué punto el egoísmo del querer ser sin pensar en el futuro de los que están siendo engendrados?

El actor principal del presente trabajo es EL POR NACER, sus derechos, su futuro. En nuestra realidad social hoy, se perfila como primordial el interés superior del niño, plasmado como estructura fundamental que ha de imperar como principio básico de toda legislación al respecto. En este sentido se ve claramente reflejado en el art. 75 de nuestra Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se constituye en modelo esencial que reconoce la protección de la honra y de la dignidad de toda persona (art.11), como así también, la protección de la vida desde la concepción (art.1). En consonancia con esta premisa, la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié en su preámbulo, “*en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”.

Si asimilamos la concepción a la singamia, es decir, interpretamos que a partir del intercambio cromosómico que posibilita la creación de un código genético único y diferente se genera un nuevo ser, es válido concluir en categorizar y reconocer a la persona por nacer como sujeto de derecho. En base a estas consideraciones, la vida será protegida desde el momento de la concepción, sin importar si ésta se ha llevado a cabo en el seno materno o fuera del mismo.

Corolario de esta postura, resulta el reconocimiento de un compuesto de derechos que conforman la dignidad humana: a la identidad genética, a la propiedad del patrimonio genético, a la determinación de la paternidad y maternidad, a no ser discriminado por enfermo y a la integridad personal (Arias de Ronchietto, 2000) a nacer en el propio tiempo en el que fue gestado, entre otros que coayudan al tema que nos ocupa.

El derecho que toda persona tiene de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana (dignidad), constituye, aplicándolo a la maternidad subrogada, la prerrogativa de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres (Mc. Lean, 1993). El mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer –supuesto de congelamiento del embrión que luego será implantado en la madre sustituta-. Todas estas alternativas que produce la ciencia,



influirán, sin dudas, en el desarrollo psíco-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad.

La libertad del ser ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen, en “un modelo para armar”: padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el nasciturus ha tenido una relación físico-psicológica) y padres del “deseo”.

Hacíamos mención a la maternidad anteriormente, y según nuestro Código Civil, la misma está determinada por el nacimiento art. 242 (Ley 23.264) y dicta: “*La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido*”.

Ahora bien, el alquiler de vientres presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud del cual, la mujer que da a luz en muchos casos no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo –voluntad procreacional- sólo se halla presente en “quien ha deseado un hijo” (circunstancia que puede coincidir o no con la madre genética), o por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el período del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

Esta elucidación jurídica reside en determinar a cuál de las dos mujeres debe atribuirse la maternidad. En un texto canónico como el que narra el *juicio de Salomón*, su sabiduría queda instituida sancionándose el criterio que ha puesto en juego para determinar el reconocimiento discriminatorio de “la verdadera madre”. Recordemos el pasaje Bíblico (1R. 3:16-28)

*Dos mujeres públicas se disputan ante el rey la maternidad de una misma criatura. El rey dispone que el niño sea partido en dos con la espada y que a cada una de las dos mujeres se le adjudique la mitad. Una de ellas exclama que prefiere que le arrebaten al hijo antes de que pierda la vida. Salomón decide que le entreguen entera a la criatura, ya que ésta es su verdadera madre. Lo es en virtud de su disposición a renegar de su propia palabra para salvar al niño.*

Nos encontramos ante una decisión que sanciona de forma esencialista- así se comportarían todas las mujeres que son “verdaderas” madres frente a las mercenarias- lo que podría considerarse el canon de la maternidad, la maternidad normativa. Madre

es la que quiere la vida del hijo aunque se lo arrebaten, aun a costa de su propia deslegitimación, de la descalificación de su palabra.

Hoy resulta ilógico pensar en una solución así, no obstante la situación se encuentra regulada en cuanto los padres biológicos podrán, en virtud de lo establecido en el art. 262 del Código Civil, “*impugnar la maternidad en su calidad de terceros interesados*”.

Si bien cada mujer es libre y existen leyes que permiten que alquile su vientre, pareciera que las cuerdas se han tensado más de la cuenta. El alquiler de vientre no deja de ser una práctica que atenta contra la dignidad de todo ser humano, en especial la mujer.

Hoy en día existe una suerte de obsesión por el propio deseo, por el “yo quiero” de parte de una mujer para ser privilegiada con un “hijo”. Es como un “antojo” que cobra absoluta libertad de elección fuera de los derechos humanos, tan humanos y a la vez tan individualistas. La mujer dice “nadie me puede prohibir tener un hijo” y este excesivo deseo de la mujer pareciera ser el único requisito para otorgarle el derecho a ser llamada madre. Pero ¿quién contempla, quien estudia la psicología de ese niño?, este excesivo deseo de la mujer ¿no será acaso la reacción contenida de tantos años de cultura represiva y culposa?, ¿no es acaso una especie de moda new age en donde tantísimas mujeres en todo el mundo viven pendientes de arrancarle al universo sus íntimos caprichos?. No son pocas las jóvenes y no tanto que se prestan a alquilar su vientre debido a una desesperación económica. Y cabe preguntarse, ¿cómo puede un hijo ser el fruto de un negocio?, ¿quién piensa en los derechos de ese niño que va a nacer?. Si se avasalla la dignidad de una mujer adulta, ¿qué reparo puede existir a la hora de reflexionar sobre ese niño que no tiene ni voz ni voto?

Lamentablemente muchas jóvenes, muchas mujeres cuando aceptan este trato y alquilan su vientre, y pasan sólo unos meses de embarazo comienzan a conectarse con ese bebé, se involucra y deciden entonces romper el contrato. Y allí cuando los padres que “negociaron” le reprochan su actitud, las mujeres en cuestión bien responden: “Ustedes no tienen idea, no pueden sentir al bebé dentro de sí, moverse, crecer y formarse”. Y es que es lo natural, lo humano pues el vínculo de una madre con su bebé es muy intenso y esto no tiene que ver con que el bebé no haya sido buscado. Por ello, las madres sustitutas no son incubadoras humanas, existe un afecto

tremendo que afecta a su embarazo y toda una dependencia emocional imposible de quebrar siquiera. ¿Y qué se puede decir cuando la mujer que presta su vientre “despierta” y se da cuenta que aquella que desea un hijo no se embaraza por no engordar, por cuidar su silueta?, sin palabras. Entonces volvemos a la pregunta ¿quienes piensan en esas mujeres que alquilan sus vientres y que no se pueden desprender del bebé a quien albergaron por nueve meses y con amor, sí porque hubo y siempre habrá amor?. ¿Debemos afirmar que sólo se piensa en los réditos que adquieren médicos una vez que la mujer da a luz? Parece que lo legal no va de la mano con la moral, ni la ética de la mano de la ciencia. ¿Acaso no hay derecho a una identidad? Pensemos que un niño puede tener hasta tres madres si contamos aquella mujer que aporta sus óvulos. A estas alturas ya nadie cree que un niño, futuro hombre, mujer que llega al mundo de esta manera no tendrá dificultad alguna en su vida y que no ha de indagar quien es realmente. Quedan muchas preguntas, muchas cuestiones a debatir. Es necesario estudiar todo el tema más allá del deseo de una pareja de ser padres. El debate aún no tiene fin.

Debemos preguntarnos entonces, ¿la maternidad por sustitución importa una falta a la dignidad de la persona por nacer?, podríamos afirmar que conlleva un quebrantamiento a la libertad del individuo de “ser” y “existir” de acuerdo a un orden natural dado (presupuesto hereditario, estructuras innatas, etc.), libre de injerencias que hayan predeterminado su no identidad (si no puede establecerse su origen genético), su derecho a ser traído al mundo por su madre biológica, a no ser separado de quien lo gestó.

Con el arrendamiento del vientre, sin condimentos sentimentales, ni tratar de maquillar la situación con el deseo o el amor que se le dará al niño; este sujeto ¿no deviene en “objeto” de experimentación y fabricación, sin consideraciones que contemplen su estructura psíco-emocional, espiritual y volitiva?, ¿podríamos pensar que se lo reduce a un simple “resultado” cuya teleología apunta a satisfacer un deseo ajeno?

El ordenamiento jurídico no deberá reducir su cometido al mero rechazo o aceptación de esta práctica, sino que además, habrá de contemplar la situación dada ante el hecho consumado. En efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en un status jurídico familiar y hacia ese norte habrá de dirigir el legislador toda su ciencia y sabiduría, con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior

del niño, pero al mismo tiempo, evitando caer en la hipocresía de convalidar tácitamente esta práctica, si la madre portadora renuncia al niño y este es otorgado en adopción al matrimonio comitente, como ocurre en algunos países del mundo.

Gran tarea nos compete como ciudadanos, a la hora de valorar todos estos interrogantes, con este trabajo, se pretende transitar con ustedes el análisis jurídico, doctrinario y jurisprudencial, con el fin de poder llevar luz a un tema tan discutido y contradictorio, como el derecho a ser padres, sin olvidar y dejar de lado al ser más importante que será concebido, sobre todo porque es él, quien hoy no tiene voz, por ello nos atrevemos a decir que seremos nosotros quienes hablaremos por él.

#### **OBJETIVO GENERAL:**

-Identificar los problemas que acarrea el arrendamiento de vientre, especialmente en relación al derecho de familia, considerando principalmente los derechos del niño por nacer.

#### **OBJETIVOS PARTICULARES:**

-Explicar que es la subrogación de la maternidad, o subrogarse en los derechos como madre.

-Analizar desde el punto de vista jurídico, la legalidad del contrato de alquiler de vientre.

-Comparar la legislación y jurisprudencia internacional, a fin de aportar claridad al proyecto.

#### 4. CAPITULO I “ASPECTOS GENERALES”

*Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho.* (Nuncigo Aguado, 1989).

Hoy el alquiler de vientre es una realidad que merece ser atendida por las normas comunes, principalmente por la persona que comienza su existencia al desamparo de leyes, que reglamenten su verdadera identidad.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional, allá por el año 1994 como es de público conocimiento se introdujeron con rango constitucional algunos pactos y tratados internacionales, y es válido resaltarlo en esta oportunidad, porque no deberemos mirar ni buscar muy lejos, sino en la madre de todas las leyes, cual es el grado de valor legal y de protección que merece el por nacer. Al parecer nos olvidamos de lo relevante, para entrar en discusiones bizantinas, a costa de justificar el negocio de la comercialización, venta, y fabricación de bebés por encargo. Como si el dinero pudiera borrar con el codo lo que internacionalmente sostenemos como argentinos, como si los intereses de algunos hicieran desaparecer y echar por tierra años de lucha, en pos de los derechos del niño, del por nacer, de los derechos de la mujer, de la abolición de la esclavitud.

Debemos recordar que vivimos en democracia, una democracia que permite mantener en vigencia el pleno estado de derecho. Atento a ello sostenemos que somos iguales ante la ley, igualdad que no se mantiene ni siquiera entre iguales, las mujeres que padecen infertilidad, no tienen análogos derechos, no pueden elegir, por ejemplo iniciar tratamientos para intentar ser madres, el poder económico marca la diferencia, los matrimonios adinerados pueden elegir entre otras opciones, técnicas de fertilización asistida o alquiler de vientre (hoy lógicamente en el extranjero), con todo un programa de seguridad jurídica que les brindan los países en los que está permitida esta práctica.

Decíamos en la introducción a este tema que “el derecho nace de las realidades humanas...”, pues bien la realidad es que la infertilidad es una enfermedad, que todas las mujeres deben tener acceso a la protección integral de su salud, que el alquiler de vientre existe, que vivimos con niños que son producto de ello, y que imperiosamente, debemos ocuparnos del tema, y legislar al respecto, sea cual fuere la posición que adoptemos.

Son muchos los términos que giran en torno a esta cuestión, por ello vamos a tratar de aclarar algunos de ellos para comenzar a desarrollar el tema que nos compete.

#### 4.1.1. Definiciones

Para comprender acabadamente de que hablamos, les proponemos hacer un recorrido brevemente por los conceptos fundamentales de los cuales partiremos.

**MATERNIDAD:** Según nuestro actual Código civil, establece que la misma habrá de determinarse por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La prueba a la que hace referencia el art. 242 es el certificado del obstetra, médico, partero que entendió en parto, instrumento necesario y suficiente para la inscripción del menor en el registro del estado civil y capacidad de las personas, estableciendo así su status jurídico.

**INSEMINACIÓN:** *es todo aquel método o medio de reproducción asistida que tiene como objeto depositar espermatozoides de manera no natural o artificial en la mujer, o hembra* (Marín Velez, 2005). Para ello existen diferentes técnicas de reproducción, por nombrar alguna de ellas podemos hacer mención a: Fertilización asistida, Inyección de espermatozoide dentro del ovocito (ICSI), fecundación in Vitro, entre otras.

**TECNICAS DE REPRODUCCIÓN:** por ello entendemos diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción del ser humano. Se trata de lograr la unión de los gametos masculinos (espermatozoides) y femenino (ovulo) mediante procedimiento médico científico. Esa unión puede darse dentro del cuerpo de la mujer o fuera de ella, la que se denominará intra o extracorpórea según corresponda (Osorio, Osorio; 2005).

**INFERTILIDAD:** Al hablar de infertilidad hacemos mención a una enfermedad, y decimos enfermedad por que la misma ha sido reconocida por la

Organización Mundial de la Salud como tal, ESTA ENFERMEDAD consiste en la imposibilidad de poder concebir, un hijo por medios naturales (Zegers-Hochschild, Adamson, Mouzon, Ishihara, Mansour, Nygren, Sullivan, Van der Poel; 2010).

**ALQUILER DE VIENTRE:** el alquiler de vientre es un contrato por el cual la mujer que desea tener un hijo, alquila, arrienda un vientre, para que sea otra mujer la que conciba, o geste a su hijo, según sea el método de fertilización asistida adoptado.

**SUBROGACION DE LA MATERNIDAD:** en la subrogación de la maternidad la madre portadora se subroga en los derechos que le competen a la madre de intención durante el tiempo en que el bebé se geste en su vientre, para luego del nacimiento entregarlo a la contratante (madre intencional o biológica), todo lo cual estará pre-estipulado en el contrato que ambas mujeres, y en su caso el esposo de la contratante suscriben.

**BIOETICA:** Disciplina científica que estudia los aspectos éticos de los avances y métodos de la medicina y la biología. En palabras de Pardo (2010) se entiende como *tal la parte de la ética que se dedica a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, es decir, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología.*

**BIOTECNOLOGIA:** *Es todo uso comercial o alteración de organismos, células o moléculas biológicas para alcanzar metas prácticas específicas.* (Audesirk, Audesirk, Byers; 2004).

#### 4.1.2. Ser madre en el siglo 21

Comenzamos haciendo un poco de historia y recordamos que la fecundación artificial, se conoció públicamente allá por el año 1978, con la primera niña de probeta, fruto del estudio y por así llamarlo experimento de los doctores R. Edwards y P. Steptoe.

Desde entonces y hasta nuestros días se han desarrollado técnicas, que se han presentado como soluciones a un problema hoy reconocido como enfermedad, la “esterilidad”, lógicamente estas técnicas son alternativas, soluciones a medias ya que ninguna cura la enfermedad.

¿Qué entendemos por esterilidad? En opinión de Claudio Chillik, expresada en la nota de la Revista para los futuros padres, publicada en mayo de 2005. La

esterilidad es una enfermedad que afecta entre el 15 y el 20% de las parejas en edad reproductiva, lo que equivale a decir que una de cada 5 parejas tiene problemas para lograr el embarazo.

La naturaleza, dotó al hombre de los caracteres necesarios para poder reproducirse, como sabemos hay quienes no lo pueden hacer por diferentes motivos, llámese enfermedad, edad, infertilidad, etc. En estos casos es, en donde aparece la ciencia con sus técnicas de reproducción asistida.

Horno Goicoechea (2011) *.....Pero, sobre todo, no sabía que llegaría un momento donde las fronteras de mi ser no estarían en mi piel sino en la suya, en el que miraría mi vida a través de sus ojos, y la vería cargada de otros colores, de otros brillos y otras penumbras. No sabía que yo también nacería de nuevo....* Ser madre es el máximo regalo de la propia existencia.

En total concordancia, es sentir vivir amar, sin esperar nada a cambio es simple e inmensamente amor. Hoy ser madre en pleno siglo 21, pareciera ser mucho más fácil para quienes padecen de infertilidad, sin embargo tiene su costo, decía que es más fácil debido a los avances científicos, pero ello implica que todo dependa en mayor o menor medida del poder económico de quien pretende tener un hijo, ya no hablamos de oportunidad sino de dinero, porque todo absolutamente todo en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, no es gratuito. Recientemente se ha elaborado un proyecto de ley que pretende el reconocimiento de la enfermedad por parte de las obras sociales, introduciendo la misma en el programa médico asistencial elaborado por el Poder Ejecutivo, el proyecto tiene media sanción de diputados, y espera ser tratado en el senado, quizá a la finalización de este trabajo ya esté aprobado, esperando con ansias su implementación, pero decíamos que todo tiene un costo, por ello pareciera que el alquiler de vientre o la subrogación de la maternidad más que una solución a la necesidad imperiosa o el deseo de ser padres, es un negocio que mueve sumas siderales y que se incrementa paulatinamente con la mayor difusión que se le está dando al tema, por citar un ejemplo, hace algunos meses transmitían en el canal Nacional Geografic un documental denominado “incubadora de bebés”, el proyecto por llamarlo de alguna manera está organizado y funcionando en la India, en donde la miseria, el hambre y la falta de oportunidades, lleva a las mujeres a negociar con su cuerpo, haciendo las veces de nido para gestar bebés de gente que posee altos ingresos, que compran la voluntad de esas madres por monedas, con el único objetivo



de satisfacer su “yo”, hasta que punto llega el negocio, que las mujeres son puestas a disposición de los contratantes para ser elegidas según sus cualidades físicas por ejemplo, además son aisladas de su familia para ser alojadas en el centro de asistencia, en el que las alimentan y cuidan durante los 9 meses de embarazo, como contraprestación para garantizar la salud del futuro bebé. Parece cruel hablar en estos términos de maternidad, pero es la realidad, la misma que sin legislación al respecto desvirtúa la necesidad, el amor, el deseo, el ser mismo, reduciéndolo miserablemente a la moneda de curso legal.

Que paradójico, comenzábamos este capítulo hablando de amor inconmensurable, de madre como una expresión sublime, para concluir en un contrato oneroso.

Desde el derecho positivo, encontramos como fuera citado anteriormente el Art. 242 del Código Civil, el cual establece como se determina la maternidad, y lógicamente expresa que la misma será determinada por el parto, y la identidad del nacido. Ahora bien, surgen a partir de esta premisa, muchos interrogantes ¿a quién se le atribuye la maternidad, más allá de lo que estipulen las partes en el contrato?, ¿quién es madre en el sentido jurídico de la palabra?, ¿hablamos de madre biológica o de madre portadora?, ¿cabe la posibilidad lógica de poseer dos madres?, ¿quién tiene derechos sobre el nasciturus?, ¿el consentimiento otorgado por la portadora es realmente libre?, y podríamos seguir planteando muchas más incertidumbres, pero lo que tratamos de hacer es precisamente delinear reglas claras para el futuro, en pos de garantizar a las personas por nacer, los derechos inalienables que les competen como tales.

## 5. CAPITULO II “LA PROCREACION”

Según la Real Academia española, procrear significa engendrar, del latín procreare. La procreación, en algún momento llamado el milagro de la vida, el fruto del amor. Tan lejos quedaron esos valores, tanto puede hacer la ciencia que engezezca de la manera más cruel a quienes sin negar el deseo inmenso de ser padres, adoptan cualquier método, manera o forma, reduciéndolo a la mera firma de un contrato, manifestando su voluntad de ser padres legos, de la persona que se gestará.

Al hablar de procreación hablamos de básicamente de cuatro derechos fundamentales de la persona, el derecho a la privacidad, a la maternidad, paternidad y el derecho a la reproducción.

Podemos hablar del derecho a la procreación o reproducción como un derecho natural y humano, más allá de la perpetración de la raza humana, por lo que estaríamos adoptando una postura naturalista, pero cuando existen impedimentos que no permiten concebir, esta posición fracasa. Allí es donde vienen en auxilio las técnicas de reproducción asistida, estas técnicas han originado la defensa de otra postura doctrinaria, quienes afirman y sostienen la existencia de los llamados “Derechos reproductivos”, muchas son las opiniones en torno a este tema, las diferentes posturas se extienden a lo largo de todo el mundo, incluso como parte de una nueva clasificación de derechos por algunos (Babbio, 1991; Castro, 1993; Van Boven, 1980) llamados “Derechos de Cuarta Generación de derechos Humanos”, para insertar en ellos el derecho a la autodeterminación, los derechos del ecosistema, y los relacionados con el estado jurídico de la vida y el patrimonio genético de cada persona, y dentro de este último grupo los nuevos paradigmas a los que hemos hecho mención (fecundación artificial, embriones, crió conservación, etc.) y el fin de la vida. Quienes siguen esta postura (Iagulli, 199; Zarraluqui, 1988;), sostienen que el Estado y los terceros no tienen injerencia en el derecho de cada individuo en lo referente a la procreación.

Así la discusión, se extiende desde el comienzo de la vida, hasta la muerte misma, por ello es válido preguntarnos si queremos construir una sociedad

complaciente y permisiva, o delimitar reglas claras restringiendo el acceso de éstas técnicas de reproducción asistida solo a casos verdaderamente excepcionales.

Hasta aquí hay algo que está claro, como individuos, como ciudadanos y como sociedad, debemos ser conscientes de cuál será la construcción de modelo social que pretendemos dejar como legado.

### 5.1. La procreación, constituye una garantía individual

Si adoptáramos esta postura, sostener el derecho a procrear como una garantía individual, significaría equiparar la reproducción artificial, a la natural.

Quienes sostienen que la procreación constituye una garantía individual (Robertson, 1994; Singer, 1984; Wu, 1998) argumentan que si el desarrollo de la tecnología permite llevar a cabo esta forma de procreación, el recurso a las técnicas reproductivas se convierte en una manifestación más de este derecho, incluso comprenden dentro de ellas la facultad de recurrir a la clonación de seres humanos como otro modo alternativo de procrear, alegando que esta técnica no compromete ni la individualidad ni la naturaleza del nacido, y que además, la clonación se encuadra dentro del principio según el cual la procreación se protege (como derecho fundamental) por el valor de tener hijos, y no por el modo de su generación. Afirman que estaría compuesto por el conjunto de libertades y garantías fundamentales reconocidos universalmente, tales como: el derecho a la protección de la familia, la fundación de una familia; la educación y sostén de los hijos; el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, una especial protección durante el parto y después del parto; el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial, paternidad y maternidad reconocidas como valor social eminente; la salud; la integridad de toda persona humana. ¿Quiénes apoyan la inseminación artificial?, son aquellos autores que no comparten en absoluto el punto de vista que acentúa el valor de la vida, por el hecho de pertenecer siempre a una persona, entonces no suelen expresar desacuerdos para el recurso de esta técnica que tanto debate acarrea y por ende a la inseminación artificial. Hay muchos de estos autores que, contrariamente a las opiniones que se expresarán más abajo, se hallan de acuerdo a este procedimiento puesto que encuentran que es una gran ayuda al acto conyugal. ¿Cómo entender esta postura?

Existe una unanimidad cuando afirman que este tipo de fecundación in vitro, resulta un sustituto del acto sexual o conyugal. Vale decir que para ellos los procedimientos que llevan a cabo los científicos sería una causa directa y prioritaria para la concepción de una nueva vida y por ende los autores que pertenecen a la corriente personalista no mantienen una postura “a favor” aceptando que este tipo de fecundación coopera al acto conyugal. El debate es muy amplio y abarca los diferentes tipos de inseminación artificial. Es decir, que los autores se basan en si este procedimiento se realiza con el marido muerto o vivo. Concluyendo, dichos autores consideran esta inseminación artificial completamente lícita en tanto se trate de una pareja cuyo amor sea verdadero y entonces precisan recurrir a la ciencia sin la cual no lograría fruto de ese amor tener un bebé.

Quienes están comprometidos en este tema insisten en su desacuerdo y presentan en el procedimiento dos obstáculos, a saber: la separación entre los aspectos unitivos y procreativo del acto conyugal. Esta insistencia parece ser lógica en cuanto a no separar el aspecto unitivo del procreativo, y de acuerdo a lo que piensen y expresan, este tipo de inseminación rompe dicha unidad y entonces la procreación se separa de la unión sexual. Tanto el debate, como los especialistas, los científicos y los autores es muy amplio, pero veamos quienes están contra este procedimiento.

La gran mayoría pertenecientes a la corriente bioética personalista y se declaran en contra de este tipo de inseminación puesto que consideran que el procedimiento significaría separar el aspecto unitivo y procreativo. Gemelli expresó en el año 1949 en el libro que lleva por nombre "*La fecundación artificial*", *que toda inseminación artificial era ilícita, incluida la inseminación artificial homóloga "impropiamente dicha"*.

Vale decir que el “uso” del acto sexual con el fin de retener el semen lo aclara de manera perfecta May específicamente referidos a la inseminación artificial por el esposo, son muy pertinentes los siguientes comentarios de su discurso de 1951 a las matronas italianas: "*Reducir la vida común de esposo y esposa y el acto conyugal a una mera función orgánica de transmisión de semen no sería sino convertir el ámbito doméstico, el santuario familiar, en un laboratorio biológico*".

Finalmente hallamos la opinión de Watt (1995) quien afirma que este acto de inseminación artificial, no es digno de la unión conyugal en cuanto a tener como fin sólo el hecho de recolectar semen para que luego sea extraído de la mujer. El autor

afirma además, que la mujer debería recibir a su marido en su totalidad, algo que en la inseminación artificial no se logra y con respecto al bebé expresa que el mismo debe ser fruto de este amor conyugal entre esposa y marido. Sigamos un poco más:

En total contraposición Moran de Vicenzi (2004) afirma que, el derecho a procrear como expresión de la libertad personal, no se puede comparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a apelar a técnicas de fertilización asistida, esto es simplemente el ejercicio de una libertad personal en relación a la función reproductiva.

Compartiendo esta última posición podríamos concluir que la procreación como garantía individual, tutela la capacidad natural de engendrar y no las acciones destinadas a la procreación.

## 5.2. Derechos involucrados: la privacidad; la maternidad-paternidad y la reproducción

En lo que aquí respecta debemos distinguir dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales (Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, 1988; Moran de Vicenzi, 2004; Bobbio, 1991), una que sostiene la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual y la otra que contempla el recurso de subrogación de la maternidad como una forma de participar de la procreación.

Prosiguiendo con nuestro análisis debemos preguntarnos en primer lugar, que es la privacidad, y como afecta a la libertad de procrear.

Podríamos precisarla como, la esfera de la vida propia de un individuo que se desarrolla en un espacio reservado y debe mantenerse íntimo.

Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, "*ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*" e intimidad se define como "*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*".

El Artículo 12 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas establece que el derecho a la vida privada es un derecho humano:

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

El Artículo 17 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, consagra, al respecto, lo siguiente:

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Haciendo referencia a las definiciones citadas, podemos sostener que la libertad de procrear, es facultad de cada individuo y el cómo hacerlo también. Se observa aquí que existe una línea muy delicada para delimitar donde termina esa intimidad en relación, a las técnicas de fertilización y por sobre todo cuando hablamos de alquiler de vientre, ya que estaría trascendiendo la frontera de lo individual, para involucrar actores en el proceso de la procreación que ya no son parte del uno, para ser meros elementos o instrumentos de en realidad un contrato, que tiene como fin la procreación de un hijo. Resulta necesario aclarar que como individuos tenemos libertad, implícita en lo que conocemos la autonomía de la voluntad, en el ámbito de las relaciones contractuales, puesta de manifiesto en la celebración de cualquier contrato, pero ni aún mediando un acuerdo civil podemos exigir coercitivamente la procreación o gestación de una persona, principalmente por el impacto que conlleva en la vida de aquel que concibe un niño, y en el interés superior de este último.

Al hablar de procreación, en cuanto a derecho sexual se refiere, no hablamos de él como un contrato de resultado, sino como una derecho humano fundamental inherente a la calidad de persona y por lo tanto disponible por el propio individuo, justificar la subrogación de la maternidad como un derecho a procrear, desvirtúa el derecho a la privacidad para justificar, un contrato de alquiler, con el objeto de ser padre/o madre.

De allí que la elección de procrear mediante procedimientos que involucran a otras personas para cumplir parte del proceso de la gestación, no debe entenderse como elección, o ejercicio del derecho de procrear.

Por lo dicho, podemos categorizar que la procreación, con todos los derechos que involucra podría entenderse como un derecho subjetivo, oponible “erga omnes”, por lo que quien sea su titular “puede hacer prohibir o sancionar el comportamiento de quienes se lo desconozcan”, de tal modo que posee como sujeto pasivo a la sociedad completa (Larroumet, 1999) incluyendo al Estado, el que no puede desconocerla de manera arbitraria.

Ante un posible litigio por conflicto de interés, el derecho debe inclinarse por el sujeto que sea titular del derecho subjetivo, en aplicación concreta al caso, será aquella a quien se le reconoce el derecho a generar descendencia. Entendemos por tanto que solo se reconocerá la maternidad legal a la mujer que gesté y dé a luz al niño, tal cual lo expresa nuestro código civil.

### 5.3. La procreación como derecho

Continuando con el análisis anterior, podemos partir hablando de procreación como derecho, desde dos posturas doctrinarias, sea cual fuere la que sostengamos serán los alcances y límites de este derecho. Estas premisas o posturas bien diferenciadas hacen mención al derecho natural y humano (Naturalismo) de la procreación como derecho propio, innato del ser humano derivado de la dignidad de la persona, lógicamente sujeto a sus propios límites, y desde otra perspectiva, podemos plantearlo por su reconocimiento de manera implícita en normas jurídicas como son los derechos humanos (Positivismo).

Al hablar de procreación como derecho, en realidad nos referimos a una sola arista de ellos los denominados “Derechos sexuales”, íntimamente ligados con la procreación natural, lo que permite la constitución del estatus jurídico de padres, ya sea que se opte por una procreación natural, a través de técnicas de reproducción asistida, gestación sustitutiva, fecundación In Vitro, o adopción. Ante esta situación lógicamente se puede decidir ser o no padres, (arista positiva) por ello constituye un derecho individual y disponible.

Como todo derecho también encontramos su faz negativa, la que involucra la abstención de ejercerlo, ante esta situación existen diferentes modos o métodos que van a impedir la procreación o gestación del bebé.

Sin duda, el ejercicio de los derechos reproductivos, encuadra en nuestro ordenamiento Constitucional al amparo del art. 19, empero como todo derecho no es absoluto, aún en personas fértiles, tal es el caso de personas que saben que son portadoras de enfermedades genéticas que se transmiten a los hijos, por ejemplo: distrofia muscular progresiva, corea de Huntington.

Atento a ello, claramente se encuentra expreso que podemos decidir libremente convertirnos o no en padres, lo que no justifica el desmedro de la mujer gestante en pos del beneficio de quienes lo solicitan pagando un alto costo, menos aún lo merece el por nacer, reduciendo su vida al resultado de un proceder médico científico.

Al respecto se ha señalado que el derecho esencial a procrear, conlleva el de obtener su consecuencia esperada, esto es, de que efectivamente se conciba un hijo, esta es la tesis de quienes sostienen que la paternidad/maternidad constituye un título para obtener un resultado (Ros Codones, 2009). Si pensáramos de este modo, del derecho subjetivo nacería una obligación de resultado correlativa. Sostener esta postura implicaría que el menor se convierta solo en el objeto de la propia complacencia, y no en la efectivización o ejercicio del derecho de procrear, ya que en el contrato de subrogación de la maternidad se está pagando por el producto “hijo”, no por la asistencia a una enfermedad, o los medicamentos que se utilizan para curarla sino por el resultado “bebe”. En consecuencia, los padres que contratan lo hacen en atención a que consideran que son titulares de un derecho a dejar descendencia, o a ejecutar el derecho a procrear, sin medir costos o consecuencias.

Pessini (2004) expresa *“la omnipotencia técnico-científica al servicio de la ciencia médica ha creado la ilusión de la salud perfecta que vence todas las molestias e imperfecciones. En consecuencia, no acepta un fracaso frente a la enfermedad y la muerte”*, cabe agregar para finalizar, que la persona no es ni puede ser producto de un resultado científico, y que la procreación es un derecho como todos limitado en su especie, con el fin de proteger por sobre todo la dignidad del ser, y el interés superior del niño.



### 5.3.1. Como derecho a la salud

Si analizamos el derecho a la procreación desde el derecho a la salud, considerando la esterilidad como una enfermedad, podemos afirmar que el derecho a la salud se presenta como un derecho humano básico e indispensable para el desarrollo de los restantes derechos, en este caso la procreación. Actualmente es mundialmente reconocido, tanto en instrumentos de carácter internacional como regional, como un derecho humano que le corresponde a todas las personas por el solo hecho de ser tales.

En Argentina, luego de la reforma de 1994, el derecho a la salud está contemplado de forma expresa, principal y autónoma en el artículo 42 (que garantiza el derecho a la salud a todos los consumidores) y en los tratados internacionales de Derechos Humanos a los que el art. 75 inc. 22 otorga jerarquía constitucional. También se encuentra reconocido de manera implícita en el artículo 41 (protección al ambiente).

Dentro de los instrumentos internacionales que reconocen este derecho a la salud hallamos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 7 y 11), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4) y la Convención sobre los derechos del Niño (arts. 3,6,23,24,25, 26 y 29).

Jurisprudencialmente, en numerosos pronunciamientos la justicia argentina, se ha referido al derecho a la salud, propiamente en autos caratulados Asociación Benghalensis c/ Estado Nacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en su Sala I<sup>1</sup>, falla señalando que *“... está comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional”*

---

<sup>1</sup> C.N. Apel. C. Adm. Fed. (Sala1) Asociación Benghalensis c/Estado Nacional-M.S. y A.S. s/amparo ley 16.986 Fallos 323:1339 (1998)

Es importante señalar, que resulta incluido dentro del derecho a la salud, como un aspecto ineludible del mismo, lo atinente a la salud reproductiva. La Organización Mundial de la Salud en su 113 reunión del Consejo Ejecutivo, celebrada el 18 de diciembre de 2003, ha entendido que la salud reproductiva y sexual es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y naciones.

En este contexto, es necesario reconocer como derivado del derecho a la salud, el aspecto reproductivo y garantizar el acceso a los diversos tratamientos existentes para paliar dicha problemática.

Este acceso no puede ni debe ser limitado únicamente a quienes posean medios económicos pues, como expresa Medina (2010):

*El derecho a la reproducción es un innegable derecho humano que no puede ser limitado a aquellos que posean medios económicos. En este sentido constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón del nivel de ingreso, y es tanto o más reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico.*

Es lógico el análisis, sin embargo el ejercicio del derecho a procrear, a nuestro entender no justifica que la fecundación artificial, su posterior gestación fuera del vientre materno (fecundación In Vitro), o su posible contratación de un vientre (gestación por sustitución) no constituyen una terapia en sentido estricto, no es el remedio que cure la enfermedad, ya que en la mayoría de los casos, ésta no se realiza en cabeza de las personas enfermas o incapaces de procrear, sino en las personas sanas y recurriendo a terceros como donantes de gametos o a una madre subrogada.

Para concluir, sostener el derecho a procrear como derecho a la salud, resulta al menos cuestionable, partiendo de que se pretende dar soluciones decididas con anterioridad, sobre en realidad, lo que se desea permitir y referente a quienes se posibilitará, para escoger luego los derechos reproductivos que se desean defender, derechos que por sí ya son reconocidos, para introducir en los mismos “nuevos” derechos. Resulta contradictorio dar solución jurídica a cuestiones decididas de antemano (Iagulli, 1999).

### 5.3.2. Como derecho a la libertad o autodeterminación personal

Al hablar de libertad reproductiva, los argumentos en torno a ella se nutren en la autonomía y libertad de las decisiones.

El derecho a la autodeterminación personal permite sustentar el derecho a la elección reproductiva, que garantiza valga la redundancia el derecho del sujeto a procrear o no, y de elegir cuando, con quien y como hacerlo, incluidos otros aspectos relacionados con la procreación, como son el acceso a técnicas de fertilización, el control de la calidad entre otros.

La procreación es intrínseca al ser humano, emana de su propia naturaleza, podríamos decir que es un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su sexualidad como un derecho que tendrá por finalidad lograr la continuación de la especie.

Es válido aclarar en este acápite que las técnicas de fertilización asistidas aparecieron como un elemento paliativo, con el objeto de brindar a las parejas con problemas de fertilidad, una posible solución, ante tal impedimento.

Los distintos modos de procrear suponen la generación de hijos, y negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida sería establecer una suerte de discriminación que no estaría amparada por los textos internacionales, destacó Debora Diniz, en *“Tecnologías reproductivas conceptivas o estado da arte do debate legislativo brasileiro”*. Jornadas Brasileiras de Reproducción Humana Asistida, celebradas en Río de Janeiro en noviembre de 2003, la conceptualización ambigua de estas técnicas, que a veces se las promociona como “tratamiento médico” y otras como un servicio de “producción de bebés”.

Sin negar el derecho a la libertad o autodeterminación en base a la procreación, hay que considerar que no existe un derecho a procrear por si, debido a que de su estructura legal surge de manifiesto que nadie puede ser compelido a satisfacer el derecho de procreación de otra persona, ni existe un objeto por que de serlo estaríamos cosificando al hijo.

Sí podemos hablar de libertad de procrear, ya que para ello resulta suficiente la conducta de abstención o de no intervención (como se expusiera anteriormente) en las

elecciones individuales, esta libertad supone que la persona pueda tomar sus decisiones familiares sin intervención del Estado o de terceros, pero no un derecho subjetivo a tener descendencia, ya que lógicamente estaríamos contraponiendo los derechos de los hijos, que no son un bien que esté al servicio de la madre, independientemente de que esta crea que trae un hijo al mundo con el solo propósito de entender que está ejerciendo su derecho a procrear, sin tener presente que el niño es persona que merece preocupación y respeto. Por ello y para cerrar la idea, ante el caso de colisión de derechos (que sin duda se van a ocasionar) deben privilegiarse los derechos e intereses del niño frente a cualquier otro derecho.

### 5.3.3. Como derecho de fundar una familia

El derecho a procrear también ha sido incluido intrínsecamente en el derecho a fundar una familia, si bien este derecho no se encuentra expresamente establecido en el texto de la Constitución Nacional, si encuentra su protección y amparo en la Declaración Universal de los Derechos humanos en su art. 16 el que establece: *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y **fundar una familia**, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*, texto este que a partir de la reforma de nuestra constitución del año 1994 obtiene jerarquía constitucional al amparo del art. 75 Inc. 22 de la misma.

A partir del análisis del artículo citado, podemos sostener que no se reconoce un derecho claramente determinado a tener hijos, sino se habla del Derecho a formar una familia, o del Derecho a la protección de la familia, por tanto y a partir de allí es donde comienzan las diferentes posiciones en cuanto a que entendemos por familia, y que modelo de familia adoptamos para nuestra sociedad, con el fin de encontrar amparo en el artículo supra mencionado, justificando desde éste la subrogación de la maternidad, el alquiler de vientre, o la gestación sustitutiva.

Al respecto existen al menos conocidas dos directrices, una amplia (Romeo Casabona, 1994) que profesa el derecho a fundar una familia, la que permite proteger los intereses que toda persona tiene en la vida familiar, incluyendo allí el derecho a tener hijos. En lo que respecta al como los tienen y en cuanto a técnicas de

reproducción o maternidad subrogada se refiere, cabe concluir que aquí no se está ejerciendo el derecho a la procreación propiamente, lo que no significa que se demuestre el interés en formar una familia.

La otra postura (Mantovani, 1995; Meulders, 1988) sostiene que el derecho a fundar una familia conlleva implícitamente la función procreativa, dentro del matrimonio o dentro de una relación heterosexual, porque para ellos el fundar una familia, concluye su único objetivo, continuar la descendencia. Es válido destacar que esta posición no concibe la idea de las técnicas de reproducción asistida cualquiera fuere, ya que manifiesta que el derecho a la procreación amparado por normas internacionales solo encuentra amparo legal, en la institución del matrimonio o en cualquier vínculo de pareja y no fuera de ellas.

Particularmente más allá de la postura que adoptemos, esta defensa del derecho a procrear debería encontrar su límite en el respeto por la dignidad del ser engendrado, más allá del derecho que toda persona tiene a formar una familia, ya que el nasciturus no debe convertirse en objeto de la autodeterminación de los padres, manejado a su antojo por los beneficios que les otorgan las ciencias médicas, inclusive algunos autores como Bernaldo de Quiros (2002) han criticado tal posibilidad por el perjuicio que ello puede causar en el desarrollo de la personalidad del hijo. En su opinión " *no debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de su personalidad*". La concepción de este nuevo ser razonamos, no puede ni debe constituir el campo de las libertades individuales.

Debemos precisar que quienes desean convertirse en padres lo hacen inspirados en un profundo deseo, pero deberían evaluar acerca de las consecuencias que ello importa, ya que no solo los afecta a ellos como autores materiales (futuros padres) de estas prácticas sino, a la sociedad entera.

#### 5.3.4. El derecho a la protección de la salud de la familia

Aquí debemos preguntarnos ¿qué implica el derecho a la protección de la salud de la familia?, para detenernos a pensar, en primer lugar a la familia como institución. En cuanto a ello el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que "*la familia es el elemento natural y fundamental de la*

*sociedad*”. No indica a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece, una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición.

Como es sabido esta institución ha cambiado notablemente a través del tiempo, citando a Leñero (1994) tiene que ser vista como “*Un campo de transformación de expresión humana móvil*”, examinada como un conjunto voluble, dinámico, versátil, constituido por entes que deben ser reconocidos en su individualidad, con sus propios intereses y derechos.

Amparar las técnicas de reproducción asistida y hasta la subrogación de la maternidad en el derecho de protección de la salud de la familia importa solo pensar en la salud “mental” o “emocional” de los padres y en la satisfacción personal de insertar nuevos miembros a ella, pero pareciera impropio cuando nos referimos a los hijos ya que serán ellos los que para toda su vida vivirán con la dicha de ser producto de un resultado de manipulación genética de la ciencia, y o de la sustitución por un tiempo de la madre, como concepción biológica, con todo lo que ello implica en sus emociones o relaciones futuras. Debemos pensar más allá de los propios deseos para comenzar a respetar al por nacer, en primer lugar su identidad, el estatus jurídico dentro de la familia, su libertad y autodeterminación personal.

Justificar el derecho a procrear, desde la protección de la salud de la familia, incluyendo dentro de aquel, las diferentes técnicas de reproducción asistida, para concluir favorablemente en la aceptación lisa y llana del contrato de alquiler de un vientre, implica avasallar instituciones fundamentales como la familia, primer grupo en el que el individuo se relaciona y crece, donde se forma para su vida en sociedad, vemos como se pone claramente de manifiesto el egoísmo del yo paternal/maternal, para manifiestamente perjudicar al niño, impidiendo conocer su verdadera identidad, su verdadero origen, desmembrar el lazo existente con su madre gestacional, con el único fin de obtener para sí su producto máspreciado, un BEBE resulta atroz.

#### 5.4. Contenidos y aspectos de la libertad de procrear

Cuando hablamos de Libertad, hacemos referencia a la capacidad que todo individuo tiene de poder realizar su voluntad, haciéndose consecuentemente

responsable de sus actos. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el estado de libertad define la situación, circunstancias o condiciones de quien no es esclavo, ni sujeto, no impedido al deseo de otros de forma coercitiva.

La aparición y el progresivo desarrollo de las técnicas de reproducción asistida han planteado a lo largo de los últimos años problemas jurídicos de interés tanto teóricos como prácticos. En buena medida la legislación sobre la reproducción humana asistida, debe fundamentarse en el reconocimiento de un derecho específico, que encuentra apoyo en la dignidad de la persona, en el libre desarrollo de la personalidad, en la intimidad personal, especialmente, en la libertad personal entendida ésta como autonomía, que muestra como cualquier derecho una faz positiva y una negativa, convirtiéndose así en un derecho limitado, en pos del interés superior del niño, el derecho de todo niño a tener un padre y una madre, el derecho a conocer su verdadera identidad, entre otros. Autores como Marcó y Tarasco (2001) expresan *“No existe un derecho humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, ya que este derecho sería contrario a la dignidad del hijo”*.

Por ello debemos, entender que la libertad de elegir, procrear o no es válida, el hacerlo a cualquier precio trasciende la frontera de la libertad, de la voluntad propia, porque el procreado es una persona, la realidad más perfecta que existe en la naturaleza (*“id quod perfectissimum est in tota natura”*, SANTO Tomás, *S. Th.*, I, q. 29, a. 3) un ser que revela complejidad y riqueza de vida dentro de su unidad profunda.

Para poder exigir, el fiel cumplimiento de los derechos fundamentales, correspondamos nuestros actos al amparo del ser que será concebido.

##### 5.5. Titulares de la libertad de procrear

Cabe preguntarnos quien o quienes son titulares de este derecho, en tal sentido deberemos tratar de determinar si el mismo puede ser ejercido en forma individual o si es necesario que se realice en forma conjunta.

Hay quienes sostienen (Gomez Sanchez, 1994; Montés Penadés, 1994) que el derecho a procrear es un derecho de titularidad y ejercicio individual, asemejando este derecho por ejemplo al matrimonio, de titularidad individual pero que requiere la concurrencia de otro sujeto.

Otro sector doctrinario (Romeo Casabona, 1994; Domínguez, 1989; Gomez Ferrer Sapiña, 1995; Vila-Coro, 1992; Hegnauer, 2006) expresa que es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado y heterosexual, pues ello es acorde al propio acto de la procreación, que solo puede tener lugar mediante la unión entre un hombre y una mujer, expresan “ningún hombre solo, ninguna mujer sola puede engendrar un hijo”, por ello concluyen “el derecho a tener un hijo no es un derecho individual sino de la pareja”.

Si sostenemos la primera posición, es controvertible afirmar que también puede ser ejercido a través de otro varón como donante de gametos, o de otra mujer como madre subrogada. Admitir que en esos casos la persona comitente ejerce su derecho a la reproducción, equivale a reconocer la existencia de un poder o de una facultad delegable para procrear por cuenta de terceros.

Si adoptáramos la segunda posición, y a partir de precisar que el derecho a la reproducción supone la participación voluntaria, biológica y/o genética en la paternidad y maternidad, que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos, no se puede invocar la existencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada, como parte del derecho a la procreación. La realidad demuestra que la fecundación sólo se puede realizar a través de las relaciones entre un hombre y una mujer, entonces, el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho de ejercicio individual, pero sí de la pareja. La efectividad del derecho está condicionada a la concurrencia de otra voluntad y a la aportación de otro gameto para llevar a cabo la fecundación.

Por lo dicho, podemos concluir en que la titularidad de la libertad de decisión procreacional le compete a cada uno, pero la efectivización del derecho a procrear es de ejercicio mancomunado, necesitando indefectiblemente la voluntad del otro para realizarlo.

## 5.6. Límites a la libertad de procrear

Analizados el objeto y el contenido de la libertad, corresponde la identificación de algunos de sus límites. La libertad de procreación, como todo derecho fundamental, no es absoluta o ilimitada. Si bien el titular de la libertad goza



de cierta autonomía garantizada por el Derecho, ello no significa que se ampare cualquier conducta comprendida en ella.

Es válido razonar que la libertad de procreación debe estar sujeta a límites si en su ejercicio se afectan otros derechos, bienes jurídicos o intereses constitucionalmente protegidos.

Hay que partir por identificar los límites de naturaleza jurídica, es decir qué es lo que no protege el derecho fundamental, fijando las conductas que están excluidas de la protección constitucional, o definiendo lo que no forma parte de las posiciones ius fundamentalmente protegidas.

Para algunos autores como Porras del Corral (1996), los límites del derecho de reproducción, están establecidos por el propio derecho ya que como tal le corresponde un deber, es allí donde comienza su límite, expresa el mencionado autor *“no existe un derecho al hijo como un bien útil, ya que el ser humano siempre es sujeto de derecho y no puede ser considerado como un objeto”*.

Otra corriente (Moran de Vicenzi, 2004) opina que los límites dados a este derecho tienen su origen en la propia naturaleza humana, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, considerando prioritariamente y por sobre todo los derechos del “hijo”.

Como bien expresa el conocido adagio “mi derecho termina donde empieza el del otro”, debemos entender que tenemos libertad de elegir hacerlo efectivo, pero sin someter al otro, para satisfacer nuestro deseo, en palabras de Santoro Passarelli (1997) *“allí donde comienza el abuso, termina el derecho”*.

Sin hacer apreciaciones, o valoraciones morales, que forman parte de un espectro más amplio, aunque éstos incidirán en los adoptados por las normas jurídicas, pues les sirven de fundamento, la aplicación o implementación de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, con las diferentes técnicas de fertilización asistida que coayudan, sin legislación en nuestro país al respecto y ante los inminentes conflictos que suscitarán, dependerá del instinto de equidad y de justicia que apliquen los magistrados, o mejor, de “su fina intuición de lo justo” utilizando las palabras de Margadant (1965).

### 5.7. El *right to reproduce* en el Derecho norteamericano

El derecho de reproducción, en los países del COMMON LAW (de habla inglés), más precisamente en los Estados Unidos le ha dado gran desarrollo al tema de los derechos reproductivos, y son numerosas las obras que hacen mención al tema, entre las que podemos destacar "*Subrogate parenting: what should legislatures do*"; ("Subrogate crianza de los hijos: ¿qué deben hacer las legislaturas"); "*Artificial insemination: donor rights in situations involving unmarried recipients*" ("Inseminación artificial: los derechos de los donantes en situaciones que afecten a los beneficiarios solteros") "*El Concepto de filiación en la fecundación Artificial*". Más allá de ello quién aún no se ha expedido sobre el tema es la Corte Suprema de éste país, no obstante la jurisprudencia le reconoce la categoría de derecho fundamental desvinculado de toda unión sexual, con el solo objetivo de tener descendencia, de allí que en esta nación se permita la reproducción asistida a través de sus diferentes técnicas, a quienes proporcionan en ellas INTENDED PARENTS (Padres intencionales).

En efecto aquel país considera que el derecho a la reproducción no se restringe a la protección de la capacidad natural sino también que comprende la tutela de los actos procreativos y del derecho a tener hijos (Harvard Law Review, 1985).

### 5.8. El derecho a procrear en el ordenamiento español

En el derecho español, la posición es distinta, ya que la doctrina de este país no reconoce la existencia de un derecho a procrear en sentido estricto. Fundamentan su postura en la naturaleza de la procreación y en la función filosófica-ética-jurídica del concepto de derecho humano (Vidal Garcia, 2003).

Las Leyes 35/1988 y 42/1988 regulan las técnicas de reproducción asistida humana y la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en el ordenamiento Español.

La Ley 35/1988, del 22 de noviembre, denominada de "reproducción asistida humana", su objetivo primordial es admitir las técnicas de reproducción humana que permitan superar la eventual esterilidad de la pareja. En clara alusión a lo dicho el art. 1 dispone que:

*1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intra-tubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados.*

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, complementaria de la anterior, trata de regular una materia no comprendida en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de Trasplante de Órganos, como es la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación, previniendo la manipulación y el tráfico con los mismos, y posibilitando a la vez la investigación científica de acuerdo con la dignidad de la persona.

En lo referente a maternidad subrogada, el art. 10 de la Ley 35/1988, citada precedentemente, se pronuncia en contra de la gestación de sustitución, atento a ello opta por prohibir radicalmente la maternidad subrogada, pero si pese a la prohibición se lleva a efecto en cualquiera de las modalidades antes descritas, se ignora a la madre genética, en su caso y se atribuye directamente la maternidad a la madre gestante.

Es conveniente indicar que en la práctica y dentro de la rareza del supuesto, existen algunas vías para superar tal prohibición, de forma tal que la pareja estéril consiga atribuirse la filiación del nacido In Vitro: por ejemplo, si el varón casado presta su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consigue que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción una vez transcurridos treinta días desde el parto, podría iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la esposa del padre genético, convirtiéndose ésta en madre adoptiva o, si se permite la expresión, en madre legal.

#### 5.9. El interés del Estado vs. El interés particular

Partiendo del principio aristotélico-tomista, según el cual el estado se encuentra al servicio del ser humano y su existencia tiene como fundamento la satisfacción del bien común, y habiendo realizado ya el análisis afirmativo de que existe un derecho a la procreación, será entonces el estado el encargado de fijar los controles necesarios y adaptar la legislación al respecto, mirando la realidad que nos circunscribe.

Serán los legisladores a través de leyes los que de una u otra forma regulen aspectos que se relacionan íntimamente con el tema, como la política demográfica, sanitaria, administrativa de control que se imponga a tal fin.

Aquí debemos detenernos, ya que si bien el derecho a la procreación constituye una decisión individual “libre”, de derecho privado, perteneciente a la órbita de los derechos de familia, el estado debe reconocer el máximo de facultad posible, pero no puede ni debe permanecer al margen de las situaciones que se viven, cuando existen derechos que deben protegerse como los del hijo (interés superior del niño), ese ser que ha sido concebido por técnicas de reproducción asistidas o de subrogación maternal, siendo causa-fin de cláusulas en un contrato comercial cosificando su “SER”.

Las normas de derecho de familia que regulan la procreación, hasta hoy son integrales, pero a la luz de los vertiginosos avances científicos deberán ser adaptadas, ya que la desidia del Estado puede provocar un menoscabo definitivo en los derechos de los particulares, sobre todo en el nasciturus.

El “principio de clausura” en derecho, indica *aquello que no está prohibido, está permitido*, en el ordenamiento jurídico-positivo contenido en nuestra Constitución Nacional, a instancias de lo prescripto en el art. 19 final, se infiere claramente *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Por ello no es posible hablar hoy de que las conductas que cualquier sujeto tomase para la aplicación de estas técnicas, configure una acción penalmente responsable, ni prevenida, ni castigada, la valuación de la licitud de estos comportamientos solo puede ser realizada, utilizando categorías civiles, éticas o morales.

Y he aquí el gran interrogante que amerita este título, ¿debe prevalecer el interés del estado por sobre el de los particulares?, será tan solo que nos enfrentaremos a la satisfacción de los deseos de maternidad o paternidad, mirando de reojo como pasan a nuestro lado, los frutos de la ciencia sin otorgar garantías fieles a los niños que se crean bajo estas modalidades. Prevalecen los deseos y la satisfacción personal, por sobre el interés del estado de proteger y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los particulares, pero teniendo en cuenta a todos los actores del acto de la gestación artificial.

Es necesario, y sin ánimo de querer ser reiterativos, realizar un profundo análisis, y reflexión sobre el tema y legislar en la materia. Seremos nosotros como sociedad los que de una u otra manera decidiremos ser un país liberal y adoptar como modelo las políticas norteamericanas por ejemplo, o ser un país que expresa sus valores socioculturales, apegados a la realidad del siglo 21, decidiremos la utilización de estas técnicas libremente o solo en casos excepcionales. Empero, debemos ser conscientes que si la disciplina es muy severa nos enfrentaremos a lo que está pasando hoy, en diferentes lugares del mundo, bebés fruto de la ciencia importados como producto del poder adquisitivo de algunas personas, tal como publicara el diario Clarín (2011), en su sección espectáculos de fecha 26 de agosto de 2011, el que titulara “*La mamá en Flor: Florencia de la Ve*”.

#### 5.10. Introducción a la problemática de los nuevos métodos de fertilización

Ya hemos expuesto en capítulos anteriores brevemente, en qué consisten las técnicas de fertilización o reproducción asistida, para adentrarnos ahora en cuáles son los problemas jurídicos a los que nos enfrentaremos en un futuro no muy lejano, considerando que en nuestro país únicamente a la fecha se emplean las distintas técnicas solo en parejas casadas y con consentimiento otorgado por escrito

Claramente podemos inferir al respecto que los conflictos más comunes y jurídicamente relevantes, se desprenden de la filiación del niño nacido bajo estas técnicas, además y sin lugar a duda, todas las demás relaciones de familia que se van a originar a partir de determinar su estatus jurídico, como serán la relación de parentesco con sus hermanos o medios hermanos, los derechos patrimoniales, entre otros.

En vinculación estrecha con la subrogación de la maternidad, y el contrato que la caracteriza, los problemas más discutidos han sido y son con relación a su licitud. Además de cuáles son los intereses que el Derecho debe proteger, antes o inmediatamente después de que esta práctica se haya llevado a cabo, aún cuando existiera prohibición expresa.

Muchas voces giran en torno al tema, y entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan esencialmente los establecidos en apreciaciones utilitaristas y

contractualistas (Lema Añón, 1999) mantienen que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes acuerdan libremente.

Desde otra visión, se alega que tales acuerdos son contrarios a la dignidad de las personas (Lledó Yague, 1987), tanto de la madre subrogada como de los nacidos por causa de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”.

En algunos países, como veremos más adelante, un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares, se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. En referencia a este tema puntualmente 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”*.

Es válido destacar y consideramos oportuno hacerlo, que los contratos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, incluyen una serie de cláusulas que contemplan las consecuencias de toda una serie de posibles incidencias. Los mismos son confeccionados en su gran mayoría por abogados especializados en el tema, incluyendo en el texto lo que a priori han establecido decisiones judiciales, con el fin de lograr cumplir su cometido, y ante posibles conflictos poseer cierta seguridad de raigambre jurisprudencial.

Por lo general este tipo de contratos son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento forzoso.

Los problemas jurídicos que más controversias han planteado, son los referidos al Derecho de Familia y su régimen filiatorio, ya que han sido las primeras manifestaciones más evidentes sobre el tema. Pero más allá de ello no debemos descartar, que la ilicitud de este contrato, afecta otras ramas del derecho en general, básicamente podemos señalar: el derecho penal, si se establecieran prohibiciones y

sanciones más severas, el derecho administrativo en lo pertinente a la intervención del estado en la salud pública, el derecho constitucional, por verse afectados derechos fundamentales.

Como podemos observar son muchas las disyuntivas legales, en torno a las “nuevas”, técnicas de fertilización asistida, pero en particular al aporte que hacen en cuanto al alquiler del vientre propiamente, es por ello la especial atención que debemos poner al tema, atento primordialmente al derecho a la vida, la continuidad de la existencia, la dignidad, la propia identidad y el interés superior del niño.

#### 5.10.1.1. Diferentes técnicas

Fertilización asistida es en realidad todo el procedimiento médico que se realiza para la unión de óvulo con el espermatozoide, ya sea dentro del cuerpo de la mujer que desea ser madre, o de la portadora que alquila su vientre, o fuera del útero de la mujer.

La Inseminación Artificial es el método más sencillo; consiste en colocar una muestra de semen dentro del útero de la mujerese puede elegir la utilización de semen de la pareja (homólogo) o semen donado (heterólogo) y además éstos pueden ser frescos (semen tomado en el día de la utilización) o semen congelado (crío preservado).

En el año 1978 aparece la Fecundación In Vitro los doctores Edwards y Steptoe fueron los primeros en descubrir esta técnica (FIV) y transferencia de embriones (TE), con el subsiguiente nacimiento de una niña normal, Louise Joy Brown, el 25 de julio de 1978. Desde entonces, la tasa de éxito de esta técnica, ha sido mejorada mediante el uso de fármacos destinados a, valga la redundancia mejorar la fertilidad, proporcionando más óvulos y por lo tanto más embriones, aumentando así, la posibilidad estadística de un embarazo. Como resultado de la continua investigación internacional se afirma que desde 1978 habrían nacido más de 200.000 niños.

Lo que aquí se realiza básicamente es; se extrae el óvulo fuera de la mujer y se lo une al espermatozoide. Una vez obtenido el embrión, se lo coloca en el útero de la mujer donde se gesta el embarazo, es lo que conocemos como «bebé de probeta», así llamado porque se lo colocaba dos días en una probeta, que es el tiempo que el óvulo

está en las trompas, permitiendo el embarazo en los casos en que estas están deterioradas.

En nuestro país, el primer caso se realizó en 1985. En 1992 se describe una técnica mediante la cual se lograba inyectar adentro del óvulo un espermatozoide mediante una aguja especial. Esa técnica se conoce con el nombre de ICSI (Inyección de espermatozoide dentro del ovocito).

En 1994 se realiza la primera inseminación con esta técnica en Argentina. En cualquiera de ellas se debe estimular la ovulación de la mujer con inyecciones de hormonas, para que se produzcan muchos óvulos, cabe aclarar que ningún tratamiento produce más de 35% de éxito por intento. La fertilidad humana es muy baja. A pesar de todas las pruebas, en el ser humano no se mejoran las cifras. El primer intento tiene 16% de posibilidades, en el tercero, 41%, en el sexto, 62%. A partir de la sexta tentativa no se recomienda seguir, pues se ha comprobado que no aumenta la probabilidad de éxito.

En Argentina la inseminación (el más simple de los métodos de fertilización asistida) cuesta entre 400 y 500 dólares norteamericanos, por cada intento y se realiza exclusivamente en centros privados.

Para concluir este punto, y como lo expresara Perez-Soba Díez del Corral (2008) *“La técnica es una amenaza cuando está regida solo por ello misma y ofrece actualmente un poder tan grande, tan tentador, que puede imponerse al hombre y destruirlo”*. No dejemos que los deseos inescrupulosos, por la satisfacción de egos personales, modifiquen nuestras más profundas creencias y valores culturales.



## 6. CAPITULO III “MATERNIDAD Y FILIACION”

La vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) registra el siguiente origen etimológico de la palabra madre: Del latín *mater*, con este origen se relaciona la expresión latina "Alma Mater" (madre nutricia), locución usada en la Antigua Roma para describir a la diosa madre y más tarde, a la Virgen María. Del vocablo originario "mater" que presenta un gran valor social y religioso, se le suma las dos primeras acepciones del Diccionario de la Real Academia Española: 1. 'Hembra que ha parido'. 2. 'Hembra respecto de su hijo o hijos'. Con relación a la primera (que se ha usado desde los primeros diccionarios), se trata de una designación mucho más específica y biológica determinada por el embarazo. Sin embargo en la segunda (que aparece recién en 1869, aunque en lugar de "hembra", decía "madre"), se amplía el contexto de su uso considerando como rasgo pertinente: "la posesión o tenencia de hijos" es decir, ya no solo se refiere a madre como la que los alumbró, sino también la que los cría, ya sea por medio de una adopción formal o por otras circunstancias.

Atendiendo a lo dicho, lógicamente concluiremos en que en la maternidad por subrogación, tenemos en principio al menos dos madres: una que lo da a luz y otra que tiene la voluntad de ser legamente su madre (madre de intención).

Desde el punto de vista biológico, podemos decir que se fundamenta principalmente, y se acredita por el hecho del parto que será el que le dará la identidad al nacido, lo que constituía prueba irrefutable de su identidad y el estatus jurídico en el que es emplazado.

Conforme a derecho, la maternidad forma parte de la institución de la Familia y por ende origina la filiación, es decir ese vínculo jurídico o natural que une a una persona con sus padres (progenitores) en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la creación de la ley (adopción).

Ahora bien, el régimen legal vigente parte de una premisa fundamental, y categórica de acuerdo con la máxima romana *mater sempre certa est*, y establece el Código Civil, *la maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido*, así la filiación de la madre es probada por dos hechos claves y fundamentales, que hasta hoy lógicamente debían coincidir, y que constituyen prueba

*per se*, en referencia directa al certificado del médico obstetra y su identidad biológica.

Puesto que la procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga cuando procede de un donante, persona ajena a la pareja.

La inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método, en cuanto a paternidad se refiere ya que debe ser atribuida al marido.

En cuanto a la fecundación asistida heteróloga, la maternidad generalmente no plantea problemas ya que es la misma persona la que aporta el óvulo y también la que da a luz. En la filiación matrimonial se presume la paternidad legal, por tratarse de un hijo nacido después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 posteriores a su disolución. El art. 243 Código Civil instituye “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o la separación de hecho de los esposos...*”; este artículo está basado en una presunción, *iuris tantum*, que puede ser refutada por cualquier medio de prueba a la luz de art. 253 Código Civil. Ahora bien, podemos razonar que evidentemente aquí la acción de impugnación de la paternidad prosperaría. No obstante se han tomado algunos recaudos legales, para impedirlo y es que, ante una inseminación de estas características el marido debe prestar consentimiento y expresarlo por escrito, ante el médico que realiza la inseminación, lo que servirá como prueba para demostrar su intención, pero sigue sin resolverse el tema de que biológicamente no es el padre de la criatura. Laguna del derecho que deberá ser resuelta de algún modo.

En cuanto a la maternidad subrogada, se pueden plantear dos hipótesis, la primera de ellas, se presenta cuando la mujer es fértil pero no puede gestar, entonces se recurre al alquiler del vientre de otra mujer, llamada comúnmente madre portadora, aquí la filiación biológica, no presenta inconvenientes pero está a las claras que la madre que da a luz no es la madre biológica, por lo que no se cumple con los dos requisitos que establece nuestro código civil para atribuir a prima fase la maternidad.

En la segunda hipótesis, nos encontramos frente al caso que la mujer es infértil, y contrata el vientre de otra mujer, con semen o no del marido, para poder

tener un hijo, he aquí el inconveniente mayor, ya que ni el hecho del parto ni la identidad del nacido van a concordar con la madre legalmente reconocida, luego de concluido el contrato de arrendamiento.

Y volvemos a preguntarnos, en cualquiera de los casos supra mencionados, ¿a quién atribuimos la maternidad?, cuál es la identidad del nasciturus?

Mediante el razonamiento lógico jurídico, es válido inferir en sostener que la mujer que da a luz es la madre de la criatura, opinión análoga, en lo que refiere el art. 242 del Código Civil que establece que: *“La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que, quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”*.

Norma ésta que fundamenta su razón en el vínculo biológico, respetando el principio madre cierta es la que pare.

La fertilización asistida, en sus diferentes modos, ha venido a disgregar el título de maternidad tal cual lo conocemos para distinguir a la madre biológica de la gestacional, causando el paradigma de determinar que parámetros utilizar para atribuir la maternidad, madre por deseo versus madre portadora, gestacional, o biológica.

Con el fin de hallar luz en medio de la oscuridad, empecemos por al menos distinguir, voluntad y afecto.

La mujer que alquila su vientre no desea en primer término tener un hijo, ni quiso ser madre, si lo analizamos desde esta perspectiva, la maternidad debería ser atribuida, a la mujer que contrato un vientre para poder ser madre.

Más allá de no querer tener un hijo propio, quien alquila su vientre, durante la gestación, construye un vínculo maternal con el ser que lleva en sus entrañas. Desde esta visión, la portadora no solo presta su vientre si no que cuida y alimenta al bebe durante nueve meses, tiempo suficiente para como ha ocurrido, no querer entregar al niño al nacer, lo que derrumbaría la afirmación precedente, ya que biológicamente o por el hecho del parto se le atribuiría la maternidad a ella.

Estas dicotomías tales, han determinado que la maternidad va a sujetarse a la voluntad expresada en un contrato, “el contrato de alquiler del vientre”, y será el que

determine la atribución de la maternidad, al parecer sin importar los principios y normas de fondo, algunos juristas (Mainar, 2000) expresan que el fin de la inseminación artificial y de la fecundación In Vitro, es otorgar la paternidad-maternidad a las personas que han deseado un hijo para ellos y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese éste donante de esperma, óvulo y/o vientre, tal se ve reflejado en “Métodos de Reproducción Asistida y su incidencia Jurídica”, nota editorial de la revista “Justiniano”.

De implementarse en nuestro país, el contrato de alquiler de vientre, serán los principios que jamás pensamos podían cambiar, aquellos que sufrirán los más radicales y despiadados estragos.

Yendo un poco más allá, pero no perdiendo de vista nuestro objetivo, la identidad del nacido. ¿Qué posición adoptamos ante terceros interesados?, quienes pueden impugnar la maternidad “**en todo tiempo**”, según dicta el art. 262 Código Civil: “*La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo...*”;

Si esta acción prosperara y a la luz de la legislación vigente muy probablemente, llegaríamos al punto tal, que éste niño quedaría sin filiación conocida.

Si nos basamos en los pactos internacionales reconocidos en la Constitución Nacional, a la luz de lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 10 expresa “*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*”.

Por lo dicho podemos manifestar que, la tutela jurídica no satisface la necesidad, dejando al desamparo legal al menor, no se puede concebir desde ningún punto de vista que el por nacer, deba ser emplazado en un estatus jurídico que legalmente y a las claras no le corresponde, no puede atribuirse la maternidad legalmente reconocida basada en un vínculo biológico inexistente. De allí que si éste reclama la filiación biológica la misma será distinta a la que se ha manifestado durante todo su vida núbil, solo por atenerla a la voluntad manifiesta en un contrato de alquiler. Pensemos por un instante en cual será el daño cualitativo y cuantitativo que produciremos en esta persona, solo por corresponder con los derechos y obligaciones establecidos en un acuerdo de voluntades.

## 6.1. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad

Recientemente se han tratado de elaborar algunas teorías que intentan explicar y adjudicar la maternidad, poniendo el acento en sus diferentes actores.

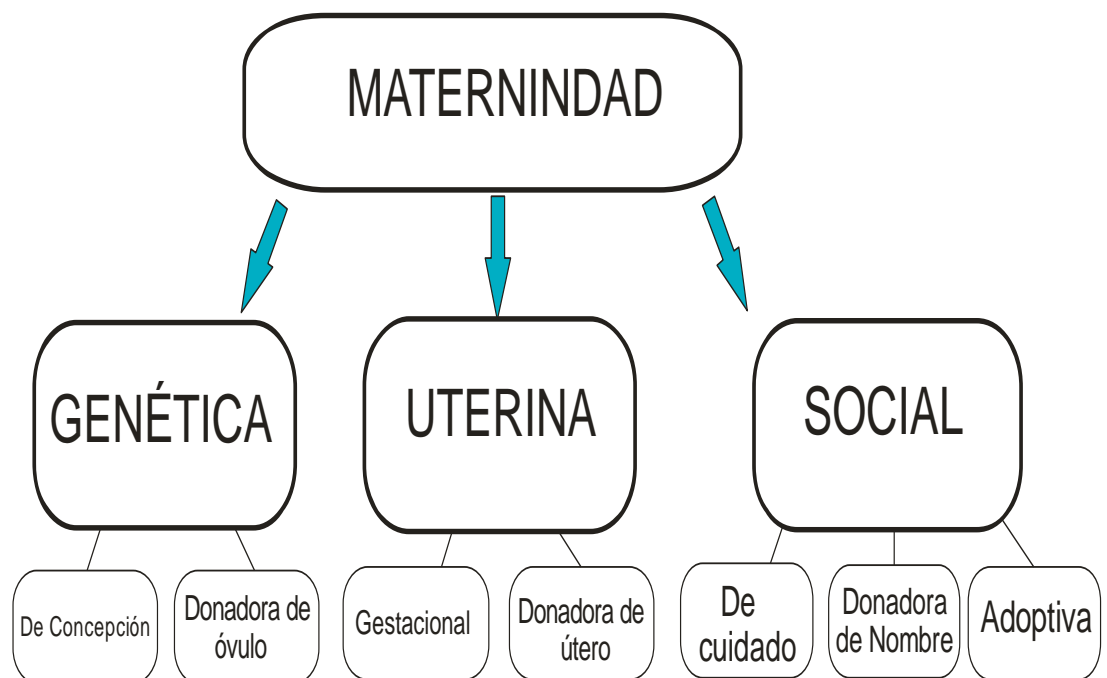
Entre ellas nos encontramos con la TEORIA DE LA DISOCIACION DE LA MATERNIDAD (Moran de Vicenzi, 2004), la que hace ahínco en una especie de maternidad compartida, que la doctrina internacional a clasificado según los grados de intervención de quienes participan en el proceso desde la gestación hasta el nacimiento, por ello se ha llegado a hablar de maternidad plena, genética, gestativa y legal.

a. *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b. *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c. *Maternidad gestativa*: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

d. *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.



Una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, desde una perspectiva de *iure condendo* y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además debe coincidir con la voluntad de la pareja comitente. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí (Moran de Vicenzi, 2004).

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación.

Asimismo, la aplicación del nuevo criterio evita una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad (Baldini, 1998).

En este sentido, Gorassin (1987) afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción no pudo haberse concretado la gestación.

Por el contrario y concordando con D'addino Serravalle (1988) esta solución es exigua, ya que el criterio voluntario o psicológico no resulta concluyente, ya que “el mismo como se ha podido observar, podría efectuarse en cabeza de hasta tres mujeres diferentes”, por consiguiente el criterio biológico es el que mejor sustancia el principio *mater Semper certa est*.

En nuestro país, la doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación de la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre, en concordancia con Tabucchi (1986), quien afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. El elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. Para excluir la maternidad de la mujer

que da a luz, se debería señalar una causa negativa que permita prescindir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene.

De ahí, que el autor reformule el concepto del denominado elemento de responsabilidad, utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica.

En este sentido, afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que puedan tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre.

## 6.2. Determinación de la maternidad según el Código Civil Argentino

Como se ha manifestado anteriormente, nuestras normas de fondo son claras, y la maternidad debe coincidir con el hecho del parto y la identidad del nacido, como se argumentara.

Estos dos hechos son claves y fundamentales, para atribuir la maternidad tal cual la conocemos.

A la hora de pensar en que alguno de estos requisitos no correspondiera, estaremos frente a un nuevo paradigma, laguna del derecho que deberá resolverse, ya que en la actualidad si bien no han aparecido casos de alquiler de vientre (en Argentina), sí se practican algunas técnicas de fertilización asistida, en la que la identidad biológica del menor no se corresponde con la de la madre o padre.

Llegado el momento, no muy lejano la fe expresada por el médico, obstetra o partero quedará a las buenas de Dios, ya que al afirmar que el bebé que alumbró la mujer en cuyo parto participó, no coincidirá con la atribución de maternidad otorgada a la madre contratante.

Más que un dilema de los elementos a cuantificar para determinar la IDENTIDAD de una persona.

### 6.2.1. Maternidad compartida

Siguiendo con la línea de pensamiento hasta aquí expresada, no resulta para nada asombroso, afirmar que un niño, posea una maternidad compartida, sea cual fuere la raíz, llámese biológica, gestativa, ambas o legal.

Pareciera ser la definición más sincera de la real IDENTIDAD, sin ocultar actores ni circunstancias que determinaron optar por métodos de reproducción o alquiler de vientre, para ser padres.

La maternidad compartida constituirá, sin lugar a duda, una nueva institución dentro del derecho de familia, a raíz de los vertiginosos avances científicos y las posibles controversias que se suscitarán a partir de la implementación de nuevas modalidades de procreación.

Serán los jueces quienes a partir de impartir justicia, deberán velar por el interés público y el particular interés del menor protegiendo su verdadera identidad, con la sabiduría necesaria para ser hombres probos, con mesura y sensatez.

### 6.3. El principio “*mater semper certa est*”

El más importante principio, que se ha sostenido a lo largo de siglos, basado en la realidad de los hechos, y en la verdad biológica. No podíamos ni siquiera sospechar llegar a cuestionar este principio fundamental, no imaginábamos que aquellas películas de ciencia ficción pudiesen llegar a nuestros días enfrentándonos con la realidad, parecía ilógico pensar en un bebe fruto de la manipulación científica, pero esto ocurre hoy, en nuestro alrededor.

Realidad que podemos entender, justificar o desaprobamos, pero que de una u otra manera debemos intervenir, marcando el rumbo de la sociedad que queremos construir.

Una sociedad en donde los valores, las costumbres se pierden día tras día en pos de alimentar a la ciencia, o una sociedad permisiva, en donde los deseos inescrupulosos de sentirse padres a costa de la acción que fuere, sin medir los daños colaterales que se producirán serán aprobados por la legislación al amparo de intereses económicos altísimos, imponiendo una nueva moda, fabricar bebés a gusto y placer, con hasta la posibilidad de elegir, sexo, color de piel de ojos, de cabello, altura,



peso etc., banales elecciones, como son banales las justificaciones de ser padres legos por “elección” de método de fertilización o por alquilar un vientre, como quien alquila un auto o una casa.

Pareciera que justificar el alquiler de vientre se viera como la posibilidad después de abrir esa puerta, que cualquier parte de nuestro cuerpo pudiera alquilarse, prestar en uso, o comodato.

La maternidad no puede ni debe establecerse por voluntades concurrentes en un contrato, no estamos solo hablando de los actores que pueden expresar esa voluntad, libres de cualquier vicio, sino que el fruto de ese pacto es una persona, que verá reducida su identidad, su dignidad humana a los compromisos establecidos por cada parte, como si compraran golosinas.

Durante siglos sufrimos la esclavitud, hoy podemos decir que es una lucha que continua, millones de niños son rescatados todavía de los vestigios que aún quedan, y de una manera más novedosa, científica y onerosa, alquilamos vientres convirtiendo a las portadoras en esclavas, queremos que trabajen para nosotros, y justificamos su decisión con el amor y la ayuda para que otra mujer pueda ser madre, si así fuera y si de verdad quisieran tener un hijo para otro, por que cobrar, porque establecerlo en un contrato, y sí está a la luz que la mujer se puede arrepentir y no entregar la criatura.

Es allí en donde aparece la MADRE, en ese lazo inexplicable y entrañable que hace que el bebé crezca y nazca, otorgan fundamento al conocido adagio madre es la que pare, atento a ello, no podemos permitirnos borrar con el codo lo que nuestras manos por siglos han escrito y sostenido.

#### 6.4. El nuevo paradigma

El nuevo paradigma no es menor, madre como título o estatus jurídico, sujeto a cláusulas preestablecidas y la necesidad de señalar un estado jurídico al concebido.

En nuestra introducción, citábamos como ejemplo, de este “nuevo” paradigma, el pasaje bíblico denominado “el juicio del Rey Salomón”, al respecto queríamos resaltar la inmensa tarea que tendrán nuestros magistrados, a la hora de determinar la filiación del niño, concebido y nacido bajo estas, “relativamente nuevas” técnicas de

fertilización asistida, necesario complemento para la realización del alquiler de vientre, tema principal que nos compete en el presente trabajo.

El máximo interrogante, en el proceso de determinación de la filiación, será precisamente ¿cómo determinarla?, ¿quién es madre del menor y quien debe ejercer la patria potestad?, al respecto de esta problemática la jurisprudencia internacional intenta encontrar la respuesta, pero hasta el momento no es uniforme, siendo en más de una ocasión contradictoria (García Rubio, 1987). Este dilema actual en la administración de justicia, que enfrenta el juez, pone en relieve casos al menos hasta hace poco tiempo impensados, en los cuales se debe atender el interés público, y el bienestar del menor; a la hora de emitir su sentencia, donde el principal sujeto en dicho conflicto es una persona, sin olvidarnos que posee los mismos derechos que tienen todas las partes interesadas, será así la jurisprudencia y hasta tanto no se dicten leyes claras que reglamenten dichos actos, o que los prohíban, la que ayudará enormemente a sentar precedentes meritorios para juzgar en tales litigios.

Cuando los avances científicos y tecnológicos entran en conflicto con los derechos fundamentales de la persona, deberemos atenernos, simple y llanamente a la dignidad humana, como principio absoluto y necesario para concebir una sociedad civilizada fundada en el respeto recíproco.

Atento a lo dicho, debemos ser consientes que la arbitrariedad con que pueda resolverse la cuestión se manifiesta claramente, ya que más allá de poder determinar biológicamente la filiación, muy alejada se encuentra la respuesta concreta de a quien atribuirle la maternidad. A quien el derecho va a garantizar el goce de esa posición legal, sin provocar cosificar al niño, como simple objeto de deseo.

Cabe preguntarnos entonces ¿llegará el momento de dejar de lado el naturalismo, para adentrarnos en los vislumbres de un contractualismo filiatorio?

#### 6.5. Imputación de maternidad matrimonial y extramatrimonial

Imputar la maternidad significa determinar o señalar a una persona como madre o padre y a su hijo como tal y viceversa. Resulta como hemos visto, muy difícil justificar situaciones no contempladas por la legislación vigente.

Por ello y hasta tanto no se regule el tema, son muchas las teorías y conclusiones que giran en torno al tema de marras, lo cierto es que mientras el estado

no intervenga y determine cuál es el camino a seguir, debemos ajustarnos a derecho y entender como hasta hoy la imputación de la maternidad/paternidad según los arts. 242, 243y ccds. Código Civil.

No podemos trasgredir las normas, y debemos irrestrictamente ceñirnos a tales. Sin dejar de pensar e interrogarnos sobre el tema, sin egolatrías personales, tan solo pensando en quien no pidió venir a este mundo, pero que sin lugar a dudas especialmente hoy, merece nuestra mayor atención.

#### 6.6. El cambio de conceptos paternidad y maternidad

Ahora se habla de cambios de conceptos, como si paternidad y maternidad significaran una cosa distinta, o como si sus derechos y obligaciones hubieran cambiado en torno al hijo. Al parecer ya no son los niños, los que tienen derecho a tener un padre y una madre, son los padres los que tienen derecho a tener hijos, como a fabricarlos, a comprarlos, elegirlos, y hasta decidir hacerse cargo de ellos o no, con la llamada “voluntad procreacional”, claramente manifiesta en la letra del contrato de alquiler de vientre. Pero ¿qué pasa si esa voluntad llegado el momento no es tal?, el bebe gestado, no tendrá la filiación acordada por que se arrepintieron.

Es aberrante estar hablando de la filiación de una persona en estos términos, pareciera que la ciencia, puede transformar no solo la genética, o el modo de procrear, sino que además modificar conceptos jurídicos, basados en la autodeterminación personal, en el deseo y amor de querer ser, sin poder por si solos.

Concluimos, afirmamos y sostenemos que la maternidad y paternidad son y serán conceptos inalterables, más allá de lo que instituya un contrato.

## **7. CAPITULO IV “LA SUBROGACION”**

### 7.1.1. Definición de subrogación

La subrogación, es la sustitución en una obligación, ya sea de un individuo o de una cosa. Resulta necesario aclarar que el ejercicio de la subrogación como acción se manifiesta en los dos polos de la relación, llámese deudor o acreedor.

En lo que aquí respecta, la aplicación de la subrogación en la maternidad, y partiendo del contrato de alquiler de vientre, entenderemos que la madre subrogante será la “madre portadora”, la que lleve al bebé en su vientre, ya que ésta se subroga en los derechos de madre solo por los nueve meses de embarazo, o mejor dicho por el tiempo que sea necesario para dar a término el embarazo, y consecuentemente el nacimiento del bebé, sea cual fuere el método de fertilización asistida utilizado para la concepción. Ello pues a partir de un contrato, la madre subrogante, se compromete a entregar al niño que gaste, ni bien nazca, a una pareja que tiene imposibilidades de concebir. Este tipo de subrogación es una práctica al menos para los argentinos medianamente nueva, cabe destacar que la misma no se encuentra permitida en todos los países del mundo, más allá de ello se extiende a lo ancho y largo del globo, hoy son muchos los países que están procurando esta cuestión, algunos legislando al respecto. Así mismo es válido remarcar que su alto costo, la convierte en una opción solo para aquellos que poseen elevados ingresos económicos.

### 7.2. El contrato de subrogación

El contrato de subrogación propiamente dicho (Anexo I), es el elemento utilizado para establecer los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, claro está, como si fuera cualquier contrato comercial. Pero con una clara y marcada diferencia, no se vende o alquila una casa, el fin del mismo es lograr el estatus de madre o padre, ya que el resultado es un hijo.

Atento al análisis propio del contrato en cuestión, en primer término debemos identificar dos períodos forzosos en el proceso de la subrogación de la maternidad,

por un lado debemos diferenciar el contrato, como el elemento que da nacimiento a la relación y por el otro los derechos que les competen a los padres.

Ambos momentos son el manifiesto y la expresión de la relación jurídica originada y lógicamente establecida de conformidad con el acuerdo celebrado.

Entre sus cláusulas se encuentran determinados los futuros padres, y la madre suplente, es válido aclarar que en algunos lugares donde estos contratos son practicados legalmente, la madre subrogante no puede estar casada y en otros, éste no es un requisito excluyente como en la India.

El contrato se debe realizar entre los futuros padres y la madre suplente (y su marido, si procede) esto es muy importante antes de la transferencia de Fecundación In Vitro, para documentar la voluntad de ambas partes de establecer la relación subrogada (C.S.P. Centro de la paternidad subrogada). En él se detallan los derechos y responsabilidades de todas las partes, incluyendo las provisiones en cuanto a la compensación (pago), las investigaciones de antecedentes médicos y psicológicos, el consentimiento informado, la reducción selectiva, el seguro médico, el contacto futuro y la ultimación de los derechos de los padres, y demás cláusulas y/o requisitos que fueren necesarios. Todo lo que más se pueda especificar y determinar en el contrato será mejor a fin de evitar un conflicto de intereses. Se recomienda como en cualquier contrato que ambas partes posean diferentes abogados, para su mejor asesoramiento y determinación de las obligaciones.

Cuando se hiciera alusión a los derechos de los padres como segundo momento de la contratación, lo que se pretende es que se reconozca legalmente a los futuros padres, en ese momento como padres legales del bebe fruto de la gestación. En los países en que es posible su realización, como por ejemplo en algunos estados de los Estados Unidos, los procedimientos y requisitos que se requieren para nombrar a los futuros padres legales varían según el estado de que se trate pero en general hay que obtener un laudo de maternidad-paternidad denominado: “*Judgment of Maternity and Paternity*”, varios estados siguen el ejemplo de California y permiten el laudo de maternidad y paternidad. Wisconsin, Virginia, Texas, Utah, Pennsylvania, Maryland, Florida, Colorado, Ohio, Illinois y Connecticut (entre otros) reconocen el mismo procedimiento hasta un grado determinado. Este laudo lógicamente se realiza antes del nacimiento, lo que va a permitir que la institución que entienda en él ya sea una clínica, un hospital, etc. coloquen el nombre de los futuros padres en el certificado de

nacimiento del niño. Además, este decisorio asegura que se otorgue la custodia del niño a los futuros padres después del parto, en cuanto los médicos lo permitan. Este laudo elimina la necesidad de los procedimientos asociados a la adopción y reconoce legalmente la relación subrogada que se estableció entre ambas partes.

Si hablamos de las características propias del contrato, debemos precisar en primer lugar que nuestro Código Civil, establece: art. 1137 “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”

Y en cuanto a los contratos de arrendamiento establece art. 1493 “Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio, y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero” y a párrafo siguiente establece “El que paga el precio se llama en este Código “Locatario” “arrendatario” o inquilino” y el que lo recibe “locador” o “arrendador”. El precio se llama también “arrendamiento” o “alquiler”

En lo que respecta a arrendamiento de cosas, podemos decir que este es bilateral, oneroso, consensual, conmutativo, por lo que el arrendamiento del útero o vientre encuadra perfectamente en tal tipo de contrato, podríamos agregar también que es, *intuitu personae* y de tracto sucesivo.

Es Bilateral: ya que las partes se obligan recíprocamente; para la portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño. Para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero.

Es Oneroso: Por cuanto los arrendatarios pagan un precio cierto estimado en dinero, por los servicios de la portadora.

Es Conmutativo: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa.

Intuitu Personae o Personalísimo: El contrato se llevara a cabo con una mujer determinada y lógicamente solo con ella.

Es de Tracto Sucesivo: Porque genera obligaciones de cumplimiento continuo durante el término del embarazo.

En cuanto a los elementos del contrato se refieren, debemos hacer mención al objeto, los sujetos, el fin y la causa.

Primero debemos evaluar su objeto, porque será a partir de allí su validez o nulidad absoluta, en el lo que ello respecta el código civil determina en su art. 953 *“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”*

Y claro está, consideramos fundamental el análisis del citado art. porque a partir de allí podremos ver con precisión, que no podemos sostener bajo ningún punto de vista la implementación de este tipo de contrato, al menos por como está dada hoy la legislación vigente.

En primer lugar el art. hace mención a “cosas” y cosas según se establece en el título I “de las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos” art. 2311 *“Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor...”*

Podemos decir entonces que si el objeto del contrato es el alquiler del vientre, éste se considera una cosa y como tal tiene un valor, susceptible de apreciación pecuniaria, entonces ¿cómo lo clasificaríamos?, ¿cómo mueble o inmueble? y podríamos llevarlo hasta el absurdo de establecer que si es considerado una cosa material, es un bien, y por lo tanto forma parte de nuestro patrimonio y ¿por qué nunca lo consideramos y así ponerle precio o valor a todos y cada uno de nuestros órganos?. Tal es la posición clara del Estado argentino en relación a ello que por ejemplo según la Ley 22.990 “Ley de sangre”, en su art. 4 y 66 inc. c y ccds., fielmente refleja la prohibición expresa de cobrar, pagar o comercializar sangre.

Parece desequilibrado hablar en estos términos de maternidad, pero hay quienes a costa de lo que sea justifican hasta lo injustificable, moldeando a su antojo los artículos del Código Civil o las leyes en general, por no decir que llegan a las más insólitas incoherencias.

Retomando el análisis, decíamos que deben ser cosas que estén en el comercio, y el útero al menos hasta donde conocemos, no está en el comercio, un poco más adelante establece el mismo art. *“..o que no sean contraria a las buenas costumbres...”*, consideramos que no se acostumbra arrendar partes del cuerpo.

Si buscáramos más argumentos para denostar la cosificación del “ser”, que imprime este contrato, nos encontramos con una cita en el mismo art. que nos remonta a la Ley Romana y prorrumpo *“quod dari stipulamur, tale sit, ut dare non possit, inutilis est estipulatio, velut si quis hominem leberum quem servum esse credebat, aut monrtuum quem vivum esse credebat”*. Haciendo una vaga traducción reza algo así como: Lo que no se puede dar por ser imposible es inútil estipularlo en un contrato y el hombre que entrega a otro hombre cree que es un ciervo o muerto en vida. Clara mención a la esclavitud de aquellos días, en que los esclavos valga la redundancia, eran considerados cosas, con las que se podía negociar, porque no tenían derechos, por ello se decía que eran muertos vivos.

Sin lugar a dudas desde este punto de vista, el contrato no tiene ninguna validez, es nulo de nulidad absoluta como si nunca hubiese existido, pero no podemos hablar livianamente de resolución de contrato o de indemnización por daños y perjuicios ocasionados, ya que el resultado es una persona, para ello será necesaria la estipulación y prohibición expresa del mismo.

En cuanto a la causa que da origen al arrendamiento del vientre, podemos decir que lo que se proporciona para la realización del contrato en la ejecución del mismo, no es solo el vientre de la portadora, sino todo su cuerpo incluidas sus emociones. Por ello la disposición para la concreción es física, mental y espiritual. Ahora bien, la causa que da origen al contrato en sí, es producir un bebé con el deseo de convertirse en padres legos del mismo.

Su fin, el resultado de ese contrato, es una persona, nuevamente concluimos que las personas no son cosas que se puedan comprar y vender. Por lo tanto y habiendo realizado el análisis de todos sus elementos necesarios diremos que, implementarlos conllevaría a derrumbar una construcción social de miles de años, con vestigios aún de esclavitud, pero reconocida como derechos fundamental en nuestra constitución nacional, en donde claramente se expresa que en el territorio de la Nación Argentina no hay esclavos.

Hasta aquí, hemos considerado que estamos frente a un contrato claramente manifiesto de locación, pero no aclaramos que aparentemente, se trata de una locación de servicio, por su encuadratura con el texto expresado en el art. 1623 Código Civil el que reza *“La locación de servicio es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando*



*una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las “obligaciones de hacer”.*

De ser así y al hacer mención el art. precedente la obligación de hacer establecida en el art. 625y ccds. *“El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fue mal hecho”* debemos preguntarnos si hablamos de ¿obligación de medio, o de resultado?, sin embargo y más allá de ello no por más importante en el análisis de esta problemática, ante la inminente resolución contractual la ley prevé art. 1052 Código Civil. *“la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado”*. No cabe duda alguna que la declaración de nulidad del mismo, no da derecho a exigir el cumplimiento de nada, es nulo de nulidad absoluta y por ende como si nunca hubiese existido.

En lo que respecta a la aplicación de este contrato en nuestro país, cabe el interrogante, ¿podemos comercializar bebés?, si estimamos el fruto de la gestación como el fin del mismo ¿es posible?, ¿hasta qué punto podríamos pedir la ejecución del contrato?, sin hacer mención a que contradictorio de toda nuestra legislación vigente, resulta manifiestamente claro opuesto a la moral y las buenas costumbres.

En cuanto al análisis de las cláusulas, podríamos entenderlas como leoninas, aprovechando el estado de necesidad de la madre suplente, o cláusulas de vigilancia que restringen gravemente la intimidad y libertad de la mujer. En la experiencia internacional, donde India es el mayor destino de alquileres de vientre del mundo con casi 25.000 niños nacidos por esta técnica, se verifica que son las mujeres pobres las que ponen su cuerpo para esta polémica figura, por ello entonces podríamos concluir diciendo que su voluntad ha sido viciada (comprada). Si se planteara alguna de estas cuestiones, el contrato debería resolverse o declararse nulo de nulidad absoluta, pero aquí existe una persona que se gestó, que merece el respeto y la protección de las leyes, que no puede quedar al desamparo de todo, por cuestiones tan frías como indiferentes que son estimadas en un papel, a cambio de una retribución. Volvemos a preguntarnos ¿se pueden comprar y vender bebés?, ¿se puede alquilar una parte de nuestro cuerpo?, ¿se puede comprar el título de padre o madre?

Y no solo ello, más allá del contrato propiamente, no estaríamos violando un principio universalmente reconocido, EL INTERES GENERAL DEL NIÑO, y su derecho a conocer su verdadera identidad.

Algún sector doctrinario (Kemelmajer de Carlucci, 2013) ha manifestado notoriamente su intención de introducir estas prácticas en la Argentina. Imitemos los grandes modelos, algunos que lo han prohibido y prohíben expresamente y otros como España, que parecen al menos ser un poco más sinceros sin cuestionar el contrato en sí, exigen la adopción del menor, para que su identidad sea la que corresponde y no la acordada según la voluntad de hombres y mujeres en un laudo, en la manifestación de voluntades concurrentes en el contrato.

Lo único que nos queda por hacer es seguir investigando en el tema y pensar solo en que el fruto de la manipulación genética es un ser, que merece ser tratado como tal, no como ente, sino como PERSONA, que tiene derechos, solo que no puede expresarlos por sus propios medios, pero que seremos nosotros sus voceros, serán los jueces, con la luz y la sabiduría necesaria para determinar y bregar por su verdadera identidad, para que ese ser sea una “PERSONA”.

### 7.3. La mujer como objeto del contrato “Úteros de alquiler”

Analizábamos anteriormente los elementos del contrato, y dentro de ellos su objeto, el arrendamiento del útero (órgano de la mujer), por ello el título refiere a la mujer como objeto del contrato.

Comenzamos por remontarnos a los comienzos de la legislación positiva, el Derecho Romano, en aquellos inicios debemos diferenciar dos conceptos claves y fundamentales PERSONA y SUJETO. En la Roma antigua ambas nociones no tenían igual alcance al que conocemos en nuestros días, para ellos todos los seres humanos eran considerados personas, pero no todos eran sujetos de derecho.

Para ser considerados sujetos de derechos debían cumplir con una serie de requisitos que establecía la propia ley, entre ellos encontramos en primer lugar con uno que constituye manifiestamente la diferencia y consistía en ser libre (Status libertatis), a demás debían ser ciudadanos romanos (status civitatis) y en el ámbito familiar no estar sujeto a la potestad del pater (sui iuris). Solo quienes reunían estos requisitos eran considerados sujetos de derecho.

Pareciera que en nuestros tiempos lejos estamos de haber dejado atrás estas diferencias, en efecto no cabe duda alguna que los esclavos eran personas y como tales sujetos de derecho, sin embargo no lo fueron, por el contrario eran OBJETOS DE derecho (por lo que podían ser objeto de actos jurídicos). Al ser clasificados como “cosas”, se podía determinar el tratamiento que debían tener como objeto de relaciones jurídicas.

El jurista Florentino (533 D.C.) expresó: *“La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la que uno, en contra de lo naturalmente establecido, se encuentra sometido al dominio ajeno”*.

Con la implementación de los contratos de arrendamiento de útero la realidad de la legislación romana lejos está de parecer una utopía, si volvemos a conceptualizar a la persona como cosa, alquilando, comprando o vendiendo, no solo la voluntad de la mujer, sino inclusive su cuerpo, cuerpo que al parecer con el único fin de procrear, engendrar y dar a luz a un niño, justifica lo que por siglos repudiamos, la esclavitud, sin llegar al extremo de no tener derechos reducimos a la mujer a ser cosificada para poder ser parte de un deseo, sin olvidarnos que de la contraprestación el resultado es un niño, que también ha sido reducido desde el comienzo de su vida a ser considerado COSA.

Según la reforma que se plantea al actual código civil en su anteproyecto, nos encontramos con que incorpora en su artículo 562 el alquiler de vientre bajo la eufemística denominación de “gestación por sustitución”.

Volvemos a manifestar y sostener que el alquiler de vientre es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre el embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.

Notoriamente vemos como se aminora a la mujer gestante a un simple envase que debe limitarse a dar a un niño, que es tratado como una cosa que se compra y vende. Categóricamente se vulnera el derecho a la identidad de los niños y se avasalla su dignidad.

#### 7.4. La subrogación aplicada a la maternidad

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio solo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un ovulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.

Como se expusiera anteriormente, subrogar implica sustituir, claro está en cualquier tipo de contrato, pero aquí nos encontramos con una peculiaridad, “sustituir la maternidad”, “sustituir a la madre”, “sustituir el vientre” lugar en que crece el embrión durante nueve meses, ojo hay que **resaltar solo por un tiempo** entre 38 y 40 semanas o entre 266 y 280 días. Parece frío hablar en estos términos pero es así, es la realidad que de nada sirve hacer la vista a un lado, sino enfrentarla, discutirla, analizarla, y ser partícipes de la regulación necesaria. Inmiscuirnos en el tema no nos pone de un lado o del otro, no nos hace más liberarles, o feministas o duros, o como quieran denominarnos, simplemente nos hace partícipes de los avances científicos y de la modificaciones necesarias para sostener con dignidad, por sobre todas las cosas nuestras más profundas raíces culturales, ideológicas, éticas y morales.

La aplicación de la subrogación a la maternidad, no solo desvirtúa el concepto de madre y la dignidad de la mujer, al mismo tiempo menoscaba el interés superior del niño, y su identidad.

Pero cabe preguntarse que significa SUSTITUIR en la maternidad o en la gestación, para hacerlo al menos un poco más decoroso, como lo expresa el anteproyecto de modificación de nuestro código civil.

Respondiendo este interrogante, diremos que la contratada (mujer que gesta y alquila su vientre) hace las veces de suplente en ese período de tiempo, tiempo en el cual el embrión crece para luego entregar a la contratante el fruto, UN BEBE.

Considerar de este modo la figura de la subrogación, ha permitido poder jugar con las reglas de los contratos comerciales, para comprar e importar bebés, a mujeres que ante la miseria y el hambre se someten a técnicas de fertilización asistida poniendo a disposición un envase, “su propio cuerpo”.

Tan livianamente y así como así es la subrogación de la maternidad, en los países en donde es aceptada. ¿Continuaremos nosotros permitiendo la modificación del código civil, e introduciendo este tipo de contrato?

#### 7.5. Hechos y actos que dan origen a la Maternidad Subrogada

Analizamos ahora que hechos y actos, dan origen a la subrogación de la maternidad. En primer lugar comencemos por analizar, los hechos: como lo establece el código Hecho Jurídico art. 896 *“son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”*

El hecho principal, “voluntario” es el que la futura portadora pone a disposición su cuerpo para la realización de las técnicas de fertilización asistida (TRA), prorrumpiendo la discusión así, en cuanto si es un hecho lícito o ilícito. Puesto que la ley nada dice al respecto, hasta aquí podemos entenderlo como lícito, sin embargo su consecuencia inmediata será la fecundación de un óvulo que dará como resultado un embrión. Atendiendo a lo que dicta el Código Civil art. 913 *“ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”*, y ante el propio contrato de arrendamiento, será la portadora la que firmará manifestando su voluntad explícitamente, de llevar a cabo el embarazo y entregar al niño al nacer.

Prosiguiendo con el análisis de los hechos, estos no solo existen de parte de la futura portadora, sino que también son producto del capricho de quienes desean convertirse en padres legos, ellos también forman parte de los hechos, en primer término por que son quienes hacen el ofrecimiento a la futura portadora, y porque son los que quieren o tienen la llamada “voluntad procreacional” de convertirse en padres del bebe que nacerá.

Dijimos que estos hechos crean, modifican, transfieren o extinguen derechos u obligaciones. ¿Qué es lo que crean?, crean una relación contractual, a través de la cual se van a transferir precisamente derechos y obligaciones, que no son ni más ni menos que los derechos inherentes a la patria potestad, originados a partir del emplazamiento jurídico de padres, como si cualquier persona pudiera elegir sus datos filia torios, como si pudiéramos optar por ser o no hijos de alguien a través de la expresa

estipulación contractual, o como si las relaciones de parentesco pudieran transmitirse como si fuesen derechos reales.

En cuanto a los actos jurídicos, el centro de todo converge en el contrato de subrogación, contrato que permitirá a ambas partes establecer derechos y obligaciones, con el fin de engendrar, crear o procrear un hijo.

Si bien como hiciéramos mención anteriormente, la voluntad concurrente de ambas partes se encuentra manifiesta en el contrato, pero ¿es “libre” la voluntad de la portadora?, podremos preguntarnos si está voluntad no ha sido viciada, aprovechando el estado de necesidad, hambre o miseria de la mujer, como ocurre en algunos lugares del mundo, por mencionar y poner de ejemplo a India en donde este nuevo negocio genera 2300 millones de dólares al año según cifras no oficiales, y tal como publica el matutino La Nación, el 22 de diciembre de 2012, titulándolo “Polémico Negocio”, en donde la pobreza y el hambre son moneda corriente, y en donde a la luz de los indicios se refleja que es en donde se realizan con mayor frecuencia estas prácticas.

Por ello ¿es tan libre esta voluntad expresada?. Sin querer ser reiterativos, tanto por su objeto, como por su causa, fin o voluntad, este contrato es nulo de nulidad absoluta.

#### 7.6. Clases de maternidad subrogada

Básicamente podemos hablar de tres tipos de subrogación, según sea la técnica de fertilización utilizada, y el aporte de material genético.

1. La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.

3. El material genético es aportado por la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

En este punto se hace necesario salvar una aclaración, decíamos en el subtítulo “clases de maternidad subrogada”, para referirnos en realidad a los distintos modos en que el embrión va a ser gestado, ya que no cabe duda que madre según la figura que

conocemos solo podrá ser una sola, más allá de la diferencia que podamos llegar a hacer según sea madre gestante, madre biológica, o madre legal “madre de deseo”.

En el supuesto planteado en el punto segundo, inexorablemente nos encontramos ante un alquiler de vientre con una connotación que escapa a lo propio y específico del contrato de marras, ya que la portadora también aporta su material genético.

Las diferentes técnicas de fecundación asistida que se emplean son las que van a permitir la realización de los casos planteados. En el punto uno, nos encontramos con la Fecundación In-Vitro de modo tal que una vez que se ha realizado la unión de los gametos, el embrión producido es introducido en la mujer que alquila su vientre, y pone a disposición su cuerpo haciendo posible que el bebé se gesté, crezca y nazca.

En el punto tercero, nos encontramos ante una inseminación artificial, ya que tanto el óvulo como el espermatozoide son introducidos en el útero de la portadora para que sea allí donde se produzca la unión de estos gametos, y se cause el embrión, que como dijimos anteriormente, será la portadora la encargada de llevar a cabo el embarazo y dar nacimiento a la criatura.

Claro está que nos encontramos ante una segmentación de la función materna: por una parte tendremos la “maternidad genética” –a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática- y por la otra, “la maternidad gestacional” de quien arrienda su vientre. No obstante, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada, la “madre de deseo”.

Indudablemente, a merced de estas técnicas, los escenarios que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se presentan muy delicadas y en esa comprensión, es que demandan ser tratadas con hondura y suma cordura, como así también multidisciplinariamente, con el propósito de elucubrar una respuesta que abarque el grado superlativo de aspectos que involucran esta problemática.

## 8. CAPITULO V

### “ENTRE EL DESEO Y LA COMERCIALIZACIÓN”

Según Richard L. Sandhusen (2002) , las *necesidades* son estados de carencia física o mental. Por lo que podríamos decir que, las *necesidades* son aquellas situaciones en las personas reparan en la carencia o privación de algo. En un sentido amplio, las *necesidades* se dividen en funcionales o psicológicas. Así, la necesidad de alimentos, aire, agua, ropa y vivienda son consideradas *necesidades funcionales, básicas o biológicas* porque el cuerpo las necesita para sobrevivir. En cambio, la necesidad de seguridad, afecto, pertenencia, estima o autorrealización, son *necesidades psicológicas* porque tienen relación con lo emocional o sentimental. Cuando una *necesidad* es excitada o estimulada se convierte en un motivo. De este modo, el motivo es una necesidad lo bastante estimulada como para impulsar a un individuo a buscar satisfacción. Por ejemplo, El hambre nos impulsa a buscar alimento, el frío a buscar abrigo, la soledad a buscar compañía y afecto, por lo que si una persona necesita algo busca la manera de satisfacerla. Aquí cabe preguntarnos que sucede cuando la persona no puede satisfacer todas sus necesidades. El psicólogo *Abraham Maslow (2004)*, identificó una *jerarquía de 5 niveles de necesidades*, dispuestos en el orden en que las personas tratan de satisfacerlas. Estos cinco niveles (de abajo hacia arriba), son los siguientes:



Como podemos observar el piso básico está relacionado con las necesidades funcionales, como el alimento, la bebida, el abrigo, el refugio, etc., que toda persona



necesita para sobrevivir. Una vez que las personas han logrado satisfacer razonablemente sus necesidades funcionales, tienen la motivación suficiente como para buscar la satisfacción de sus necesidades del siguiente nivel (seguridad, protección y orden); y así se va dando sucesivamente, hasta llegar al último nivel, que corresponde a la necesidad de autorrealización. Es allí entonces donde aparecen los deseos, que según Philip Kotler (1996), *“las necesidades se convierten en deseos cuando se dirigen a objetos específicos que podrían satisfacerlos”*. En ese sentido, los deseos consisten en anhelar los satisfactores específicos para las necesidades profundas (alimento, vestido, abrigo, seguridad, pertenencia, estimación y otras que se necesitan para sobrevivir), las personas suelen desear aquello que la sociedad, la publicidad o los vendedores les recomiendan, como la mejor opción para satisfacer sus necesidades.

Pues bien luego de haber realizado un pequeño análisis sobre necesidades y deseos, hemos podido apreciar que lo que en principio aparece como necesidad, con el fin de satisfacerla se transforma en deseo, pero aquí no hablamos de comprar una casa o un auto, o de protegernos del frío, hablamos del deseo y la satisfacción de ser padres, de tener un hijo, y evidentemente comprarlo, como si la institución de la familia o el estatus jurídico, fuese un bien susceptible de apreciación pecuniaria, en un modelo para armar a gusto y placer de la posibilidad materialmente económica de quienes padecen la privación de hijos, cualquiera sea su impedimento, y optan por simplemente comprarlo. Un aviso en la Internet dice “Cumpla su sueño con una madre subrogada de la India”, allí el Gobierno no tiene estadísticas del número de extranjeros que han utilizado la maternidad subrogada desde que las primeras parejas occidentales se interesaron por la opción, pero los médicos del sector aseguran que el país vive un auténtico boom en el que el problema empieza a ser, encontrar a suficientes madres de alquiler para atender la demanda. Las autoridades locales quieren convertir a la India en el principal destino médico del mundo y no ponen trabas. El hospital entrega un certificado oficial de nacimiento al padre biológico inmediatamente después del parto, en el que la madre de alquiler ni siquiera es mencionada, disposición reglada por el Consejo Indio de Investigación Médica, que forma parte de lo que dan en llamar “Directrices Nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de Clínicas en la India”.

Que fácil resulta hoy obtener lo que queremos sin medir ninguna consecuencia, sin importar los derechos de las mujeres que se exponen a estos procedimientos y llevan adelante el embarazo, empero sin pensar en los derechos del hijo, del ser que está siendo engendrado, imponiendo una identidad que no se condice con la realidad, con la verdad biológica, o natural.

Con ello no queremos minimizar el deseo que sienten estos matrimonios de ser padres, y de darle todo el amor que tienen para brindar a un niño, pero pensemos en el menor, pensemos en su futuro, en su identidad, en su psiquis, en sus emociones, y evaluemos que sopesa más entre el deseo inconmensurable y la comercialización.

### 8.1. Mercantilización

Si encuadramos la figura del contrato de arrendamiento de útero dentro de los contratos comerciales, el resultado es claro, **MERCANTILIZACIÓN** de hijos.

Luego de permitírnos sostener esta dura posición, comenzamos nuestro análisis en primer término acerca de la comercialización de material genético. Las clínicas de reproducción asistida se proliferan raudamente. Y podríamos preguntarnos acaso ¿son más los hombres y mujeres que padecen infertilidad?. La demanda de estos servicios, ha crecido significativamente, pero no es correcto adjudicarlo a un crecimiento de infertilidad ya que ello no es así, no sería válido tampoco atribuirlo netamente al avance de la ciencia en estos temas, que aunque rápidos son bastantes anteriores. No obstante por alguna razón, cada vez más son los lugares que están preparados a brindar procedimientos que hasta hoy son poco sencillos, inseguros y muchas veces traumáticos para quienes a ellos se someten.

Todo Estado debe velar por la salud de sus habitantes, brindándoles la garantía y protección necesaria, formalmente inserto en la madre de todas las leyes, nuestra Constitución Nacional y Constituciones Provinciales respectivamente, amén de constituir un derecho reconocido universalmente, puesto de manifiesto y expresado por los Pactos y Tratados Internacionales, pero la salud sin lugar a dudas hoy es objeto de lucro y, dentro de este ejido, la salud reproductiva y sus diferentes campos.

El dinero que mueven estos organismos, entre clínicas, profesionales, publicidad etc. es exuberante, como se puede apreciar en una de las tantas páginas que aparecen en internet “[www.thesurrogacysource.com](http://www.thesurrogacysource.com)”, su traducción al castellano “La

Fuente de subrogación”, muestra claramente que el pago a una madre sustituta por ejemplo con experiencia oscila entre los 27.000 y 37.500 dólares norteamericanos, anualmente se estiman unos 445.000 millones de dólares de flujo solo del negocio del alquiler del vientre, sin contar, demás honorarios que son abonados por las prestaciones médicas en lo relativo a la inseminación artificial propiamente, con sus diferentes modalidades, tratamientos con alto costo, al tiempo de ser relativamente largos. Además de ello las expresiones utilizadas en este ámbito manifiestan el carácter comercial de los mismos, por ejemplo: el semen se guarda en “Bancos”, los embriones son “productos” y sin ir más lejos el paso de la probeta al útero se denomina “trasferencia”.

Hablamos de donación de semen por ejemplo o inseminación artificial, fertilización In Vitro, maternidad subrogada entre otros, y cada uno de ellos posee un valor monetario o se condice con un precio de mercado.

Así visto y analizado no cabe duda de que estamos frente al comercio de la reproducción, al comercio de material genético, y una vez más concluimos en la mercantilización de la especie humana.

Declamamos casi diariamente de los avances científicos, en sus diferentes ramas, la medicina siempre fue y será trascendental, por que como sabes nos permite curarnos de enfermedades en algún momento impensadas de curar y aplaudimos esos logros, pero hay momentos en que los avances científicos y aquí en relación directa netamente a la bioética, microtecnologías, o técnicas de reproducción asistidas propiamente, deben ser repensados atento a que la ética y la moral deben anteponerse a las necesidades del mercado. Ante estos avatares los principios fundamentales arraigados en la Constitución Nacional, no pueden ser sino nuestro único norte.

Como señaláramos anteriormente, éste mercado se encuentra movilizado por los deseos y necesidades de modas impuestos por los consumidores, influenciados por la publicidad, o el desdén de seguir un modelo impuesto y de no ser así parecieran no estar completos, o sentirse fuera del sistema, cuando en realidad la infertilidad existió siempre, lo distinto es que hoy el “remedio-hijo” se puede comprar.

Con ello, y fuera de querer realizar juicio de valor, ni juzgar las técnicas, ni el mercado en sí, queremos expresar que en más de una oportunidad los deseos y las necesidades, pueden llevarnos a desbistar imperiosos conceptos, “el derecho a la vida y a la maternidad” no pueden convertirse en derecho a generar vida a cualquier coste,

porque al parecer el propio cuerpo de la mujer aparece cosificado, el material genético, la madre y el nasciturus. Abatir todo ello parece no ser lo que queremos como sociedad.

## 8.2. Consentimiento y responsabilidad jurídica, presupuestos de la procreación asistida

Referimos capítulos anteriores a los elementos del contrato de arrendamiento de útero, y no sin pensar dejamos de lado en el análisis el consentimiento y la responsabilidad jurídica de los intervinientes, para sí ocuparnos de lleno en este punto.

Dicta el Código Civil, art. 1144: *“El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”*.

El consentimiento es indispensable para la celebración de cualquier acto jurídico, y es un elemento esencial, claro está, el otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquier vicio de la voluntad, de manera libre, consiente y por escrito (Mantovani, 1994).

Aquí específicamente el consentimiento tiene dos esferas, una para que el profesional actúe sobre el cuerpo de la contratada (futura portadora), y por otro lado la aceptación de las consecuencias médicas, que resulta en definitiva la gestación de un ser humano.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad es decisiva para que las personas originen entre sí actos jurídicos a su libre albedrío, y es allí en donde interviene el estado, para de algún modo limitar esa autonomía en la celebración de los actos jurídicos, cuando los mismos contradicen a las normas, la moral o las buenas costumbres y derechos de terceros.

Los detractores del alquiler de útero postulan, que el consentimiento otorgado supone la violación grave al interés propio y que las contraprestaciones ofrecidas por el servicio prestado suponen tal coacción para la mujer necesitada que hacen imposible un acuerdo genuino (Thomasma y Hushner 2003).

Expresa Zannoni (1978) que *“el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres”*. Medina y Erades (1990) enuncian que *“el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio”*, y destacan que la disposición del mismo

es un derecho personalísimo y por ello, relativamente disponible, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público, empero añaden las autoras, “*lo que sí es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante*”. Por ello cabe agregar que el estado civil es una cuestión indisponible y no está al alcance de la voluntad personal, dada en el consentimiento otorgado en el contrato de alquiler de vientre, renunciar a las acciones de estado. Podemos elegir ser o no madres, pero no renunciar anticipadamente al estatus jurídico en que somos emplazadas en el momento del parto, porque así lo establece nuestro Código Civil.

Como podemos apreciar, el consentimiento es el punto central y la clave para desnudar la primogénita intención de este tipo de contrato, que es ni más ni menos que comercializar niños, la llamada “voluntad procreacional”, viene a tapar con su eufemismo la fábrica de bebés, para su posterior venta. Se adjudica la maternidad-paternidad de acuerdo ella, supliendo el hecho biológico de la filiación, habilitando una cesión de derechos por quienes participan en el negocio, como quien adquiere un perrito de raza, con certificado de paternidad-maternidad, sin remediar en los derechos de la persona objeto del contrato, en su dignidad, en el derecho a conocer a sus padres biológicos, a tener un padre y una madre, a conocer su verdadera identidad, a no ser tratado como cosa, y la lista continúa.

Bajo ningún concepto podemos, ni debemos justificar, este tipo de contrato, porque la responsabilidad jurídica de este pergeño, nos compete a todos humanamente.

### 8.3. La responsabilidad del Estado

Al hablar de responsabilidad del Estado, debemos saber que la misma concurre cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y esto produce un daño o perjuicio. La palabra responsabilidad según el Diccionario de la Real Academia Española expresa: “*que es el compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico*”. La responsabilidad es también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita. En Derecho hablamos de responsabilidad jurídica para describir la violación de un deber de conducta que ha

sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Así al hablar de responsabilidad jurídica, nos encontramos frente a dos tipos básicos la responsabilidad subjetiva, basada en la idea de culpa y dolo y la responsabilidad objetiva fundada en por ejemplo el riesgo o vicio de las cosas, o la responsabilidad del superior, o del dueño o guardián de una cosa.

A la responsabilidad subjetiva la encontramos tanto dentro del ámbito civil como penal. En el derecho civil la podemos entender como la necesidad de reparar el daño y los perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. En la esfera penal tenemos el deber jurídico de sufrir la pena por el delito cometido, acción u omisión, típica antijurídica, culpable, y punible según Sebastián Soler (1994).

Cuando hablamos de la responsabilidad del Estado, en lo que a contrato de arrendamiento de útero, o maternidad subrogada se refiere, debemos tener en claro que el estado no es un sujeto que directamente participe del procedimiento de gestación o inseminación, si bien es cierto que puede intervenir con la política elegida en cuanto a sanidad, demografía, legislación o control.

En lo que a control Estatal se refiere la utilización de estas técnicas de fertilización o procedimientos médicos-terapéuticos, lo que de ningún modo puede quedar al margen es la protección de intereses superiores fundamentalmente los del menor concebido, sin minimizar los derechos de la mujer gestante.

Por todo lo dicho, el Estado siempre será responsable de establecer el orden público, y vemos a las claras una imperiosa necesidad sobrevenida del actuar en el mundo, que nos urge regular el tema, la prohibición expresa o el silencio, no van a evitar que las prácticas se realicen. Regular, legislar, tomar posición, impedirá que la mujer sea tratada como instrumento, como cosa, como envase, para la satisfacción de deseos o necesidad de ser o sentirse padres, impedirá también y consecuentemente que de esto se cree un “mercado negro de vientres”, en el que el precio que se pagará será altísimo, en derechos vulnerados, y en pisotear la identidad y dignidad de los que intervienen y del fruto de su creación, el niño.

En palabras de Louis Jossierand (1938) *“El derecho no detiene su avance, las verdades de ayer quizá no sean las de hoy o las de mañana... Si el derecho no puede cumplir con ese delicado cometido, se transforma en letra muerta, traicionando sus fines con una inevitable secuela de injusticia”*.

#### 8.4. Legislación internacional

Desde comienzos del siglo pasado hemos visto el avance tecnológico y científico, en todas las áreas del quehacer humano, situaciones incluso en muchas ocasiones que solo podían ser imaginadas por algún “loco” escritor y reproducirse en una película de ciencia ficción.

Hoy nos toca vivir tiempos en los que se están generando rompimientos de esquemas socioculturales, lo que significa también, que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores.

Dentro los distintos avances científicos nos encontramos en el ámbito de la salud reproductiva, con sus diferentes técnicas como la que nos ocupa en esta oportunidad que es la inseminación artificial, o In Vitro, dejando de lado por el momento quien es el donante, o quien sea la madre gestante. Ante esta rauda transformación de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estos nuevos comportamientos sociales al amparo de la ley.

El primer informe de la utilización de la fertilización In Vitro es debido al Dr. Gregory Pincus, trabajando con conejos en 1930. En 1953 se informa el primer nacimiento de un niño por inseminación con semen congelado por Bunge y Sherman. En 1955 se llevó a cabo el primer Congreso Mundial sobre Esterilidad y Fertilidad. Tan importante y trascendente es el tema, por lo que implica en las relaciones de familia que ya en el año 1964, los ilustres concurrentes del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya desde el 23 al 30 de agosto del mismo año, entre sus recomendaciones plantearon que las leyes nacionales reconocieran el aborto legal y la posibilidad de la inseminación artificial con consentimiento de los esposos.

El nacimiento en Inglaterra en 1978 del primer "bebé probeta" consagró el gran momento para la ciencia, a partir de allí, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de ésta y otras técnicas de reproducción asistida. En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en Los Ángeles (EEUU).

Estas prácticas, lógicamente comenzaron a ocasionar conflictos ético-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que regulen los diversos aspectos implícitos del derecho de familia

como la filiación, la paternidad/maternidad e incluso y mucho más fundamental e importante el derecho a la vida.

Recorriendo la historia del “alquiler de vientre”, debemos remontarnos a uno de los primeros conflictos, que va a mostrar la “grieta” existente; en 1975 en California, Estados Unidos, un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, el pedido lo realizó una pareja que no podían ser padres, y por este servicio ofrecía una remuneración. La contraprestación ofrecida era de US\$ 10.000.

Consideramos oportuno traer a colación uno de los casos más resonantes el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis (permite determinar anomalías cromosomáticas como el síndrome de Down, o algunas otras enfermedades que afecten las funciones, metabólicas, neurológicas, etc.) surgía que el feto presentaba anomalías.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de la bebé M., pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante alegaba no poder desprenderse de su hija y en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento prestado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe.

El Tribunal de New Jersey<sup>2</sup> (1988), que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, empero mantuvo la tenencia a favor de los Stern invocando razones socio-económicas. Fundamenta el

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227.



fallo en un mejor hogar para la bebé M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita, expresando en parte de su fallo dijo el Tribunal [*“el mero hecho de que un niño estaría mejor con uno de los padres que con el otro no constituye una base suficiente para la terminación de los derechos de los padres naturales...”*],[*...los intereses del niño no son los únicos intereses implicados cuando se plantea la cuestión de la terminación de los derechos inherentes a la paternidad. Los derechos de los padres tienen, tanto constitucional como legalmente, su propia vitalidad independiente...*]

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción (CEFER), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad (Guitrón Fuentecilla, 1987).

Otro de los conflictos de trascendencia ocurrió en Gran Bretaña en 1985, cuando la señora Kim Cotton se sometió a ser madre portadora, recurriendo a la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. El acuerdo se perpetró gracias a las gestiones ejecutadas por la agencia Surrogate Parenting Association (Asociación de Padres Substitutos) que cobró la suma de 14.000 libras. Sucedido el parto, un funcionario del Servicio Social Gubernamental toma conocimiento del hecho y realizó la denuncia ante los tribunales, resolviendo que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de Menores se despachara. Luego, la Corte Superior Civil de Londres, busca y da una solución definitiva al litigio conforme al derecho vigente, y sentencia que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción, cuya resolución fue públicamente conocida el 15 de enero de 1985 “Un juez británico entrega la niña de madre alquilada a la pareja que la encargó”, intitulaba el periódico El País.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, aconteció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente. A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad. (Martínez Calcerrada, 1989)

En Ucrania empezaron a introducir los métodos de la medicina reproductiva

asistida a principios de los años 80 del siglo pasado. Precisamente Jarkov fue la primera ciudad europea donde el método de la fecundación In Vitro (FIV) fue aplicado con éxito y gracias a la FIV nació Katya en 1991. Asimismo Jarkov fue la primera ciudad entre los países de CEI para realizar el programa de vientre de alquiler. Más de 400 “bebés in vitro” han nacidos en Jarkov durante los últimos 10 años, cifras que se dan a conocer en el sitio oficial web del centro de maternidad subrogada denominado “La vida Feliz”<sup>3</sup>.

Japón también tuvo su precedente, allá por el año 1994, un matrimonio al que por la edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido In Vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años.

La experiencia en Italia nos presenta el inusitado caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad de salud física de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja (Sambrizzi, 2001), en esta ocasión la doctrina no fue conteste en virtud de los principios instituidos en su código civil, tal cual ocurre en nuestro país, la maternidad exige el presupuesto del parto y por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos doctrinarios un poco más liberales se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo y a la que denominan maternidad psicológica, en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica aseveran (García Rubio, 1987).

Más recientemente, el 17 de febrero de 2000 una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler, dado que la mujer peticionante padecía a una malformación en su aparato genital y se

---

<sup>3</sup> <http://surrogate-mother.ru/sp> (Visitada el 07 de octubre de 2012).

encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido a la laguna legislativa en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la demanda incoada aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.

Como podemos apreciar en general en diferentes países del mundo la jurisprudencia ha resuelto estas controversias a favor de la subrogación gestacional, PERO solo en los casos en que existen problemas de salud de quienes desean ser madres y por impedimentos físicos (salud), no pueden serlo, además con fines altruistas y no económicos. Consideramos además oportuno destacar la solución jurídica de la introducción de la figura de la adopción, en pos de la protección de los padres comitentes sean o no sus padres biológicos y del derecho del niño a saber quiénes son sus padres.

En cuanto a legislación internacional propiamente dicha podemos mencionar:

1-Ley de Contratos de Subrogación, promulgada en 1985 en Inglaterra. Esta ley condena la contratación pecuniaria de maternidad subrogada, sin embargo no la sustitución de la maternidad en sí, ni castigando a los padres que solicitan los servicios ni a la madre sustituta.

2-Ley sueca sobre Inseminación Artificial N°1.140, de 20 de diciembre de 1.984 entró en vigencia el 1 de marzo de 1.985. La prohibición es implícita La inseminación sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en este último caso obtener el consentimiento escrito del hombre.

3- Estados Unidos ha regulado la materia sólo en algunos de sus estados estableciéndose diversas restricciones a la subrogación comercial, prohibiéndola

específicamente en los estados de Arizona, Míchigan, y Nueva Jersey.

4- Ley 27, de 23 de abril de 1987, que restringió en algunos estados de Australia la práctica de la fecundación In Vitro en forma temporal en tan sólo algunos centros, hasta el 31 de marzo de 1988.

5- El Código Penal portugués cuenta con una norma que castiga como delito la inseminación de una mujer sin su consentimiento, con una pena de uno a cinco años de privación de libertad.

6-El Código Penal colombiano de 1980, en su art. 280 sanciona la misma situación con una pena de seis meses a cuatro años de privación de libertad y tipos agravados.

7-Orden Legal de mayo de 1987 del Ministerio de Salud de Bulgaria.

8-Ordenanza sobre la Inseminación Artificial de 1981 de Hungría.

9- Decreto sobre la Inseminación Artificial de mayo de 1987 de la Rusia antigua.

10-Proyecto de Ley de Francia de 1984, un *Decret relatif aux activités de procréation médicalement assistée* de 1988 y otro *Décret relatif aux créations de la Commission Nationale de Médecine et biologie de la reproduction*.

11-Italia la Proposición de Ley de 1985.

12- Ley México D.F. (Centro de Documentación, Información y Análisis).

13- Ley 14.208 Fertilidad Asistida en la provincia de Buenos Aires, Decreto Reglamentario 564.

14- Proyecto de Ley Provincia de Santa Fe diputado Alberto Monti.

15-Ley 14/2006 Madrid-España

#### 8.4.1. Las diferentes posiciones legales en el mundo

Poniendo la mirada en el derecho comparado, podemos ver que al parecer existen tres posturas claramente distintas en lo que a subrogación de la maternidad se refiere, en primer lugar nos encontramos con quienes la prohíben, en segundo término con quienes la admiten solo con fines altruista y bajo ciertos requisitos, y la tercera posición que es la admisión lisa y llana.

En lo que ha prohibición se refiere nos encontramos con países como Francia en el cual el art. 16-7 de su Código Civil, dispone que “*Todo convenio relativo a la*

*procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*". Alemania, Suecia, Suiza, Italia en tanto según la Ley N° 40 del 19 de febrero de 2004 prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo, Austria conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden, en España, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. El Comité Consultatif National d'Ethique de Francia en su opinión número 3 del 23 de Octubre de 1984, se manifestó en contra de la maternidad subrogada, ya que expresó que *"ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas"*. Vuelve a expresar su decisorio en 2005 y 2010 sobre "Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui" (Los problemas éticos planteados por la gestación por sustitución). Allí se asevera que *"la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos"*.

En Alemania el panorama es similar y según dicta la ley 745/90 "Protección del embrión" Art.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 proviene el óvulo; 3) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento"*.

Suiza no deja de ser la excepción a la regla y claramente se manifiesta en contra de la gestación por sustitución en su Constitución Federal artículo 119.2 letra d) (*"La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas"*)

Hacíamos mención a una posición intermedia, la admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil, (según resolución núm. 1957, Consejo Federal de Medicina (CFM) *"Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la*

*autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial*”). Israel, Grecia, México (DF) (aprobada por la Asamblea Legislativa el 20 de diciembre de 2011), Australia, Queensland, (resulta novedoso que según el art. 11 de la Surrogacy Act 2010 sanciona el turismo reproductivo), Victoria, Western Australia (WA), Sudáfrica (según la Children's Act (núm. 38/2005), se reconoció la doble paternidad de un matrimonio homosexual que había tenido un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución) y Nueva Zelanda entre otros países. En este tipo de regulación podemos diferenciar dos tendencias o posturas.

En la primera, por ejemplo en Grecia, Israel y Sudáfrica vemos que se regula un período de por así llamarlo “pre-aprobación” de los convenios de subrogación maternal, en el los contratantes deben presentar su acuerdo ante un juez, tribunal o comité que será el encargado de aprobarlo, verificando el cumplimiento de los requisitos legales preestablecidos.

Por ejemplo en Israel, la ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución, exige los siguientes requisitos: 1- los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre; 2-la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación, 3- los embriones deben haberse creado “In Vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente, 4-la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente, 5-la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera, 6-la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado. 7-El acuerdo debe ser aprobado por un comité. La Ley establece que la paternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial. Empero, dicha ley establece que los comitentes deberán ser los padres legales del niño (art. 11). La Ley dispone que, la gestante no pueda rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño (art. 13). Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato (art. 13)

En Grecia la gestación por sustitución está reglada por dos leyes: la ley 3089/2002 y la ley 3305/2005. De acuerdo a ellas, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que:

*La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir. Como podemos observar solo es permitida luego de una resolución judicial determinada por los tribunales del lugar de residencia de las partes (además la implantación solo puede tener lugar después de la resolución judicial), solo es autorizada atento a 1-La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término. 2-La madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años según Ley 3305/2005, art. 4.1. Para HAZTIS (2009) este requisito es inconstitucional por varias razones, entre ellas, porque sólo se exige a la madre comitente y no al padre. 3-La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente. 4-Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito. 5-El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos (se prohíbe el pago o que de él resulten beneficios económicos). 6-Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito. 7-Los óvulos fertilizados no deben pertenecer a la gestante. 8-La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos y así lo establece el art. 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”.*

Retomando nuestro análisis en el segundo subgrupo, el interés legal se manifiesta atendiendo la filiación luego del parto, allí pone su acento.

En el Reino Unido, se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que castiga penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución.

Expresa la Ley prohibiendo: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución.

Como podemos observar, lo que se prohíbe es la gestación por sustitución comercial, pero admite la gestación por sustitución a título benévolo (solo se admite el pago a la gestante de los gastos razonables) y sin terceros. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales (Quiñones Escámez, 2009). En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una parental orden (según el art. 54 de la “*Human Fertilisation and Embryology Act. 2008* “Fertilización Humana y Embriología”) que transfiere la filiación inicialmente establecida, con respecto a la madre gestante, a los comitentes. Como vemos en el segundo subgrupo, la maternidad está determinada por el parto y se tiende a proteger más a la madre gestante, reconociendo incluso su maternidad, resultando un contradictorio al mismo régimen dado en llamarse gestación por sustitución.

Sin embargo el primero es más tajante. Fija y delimita reglas claras sobre todo con la sujeción del acuerdo a la dicción del juez o comité y cumplimiento de todos los requisitos establecidos, brindando protección a futuras desavenencias que pudieran suscitarse.

La tercera posición en cuanto a este tema, como se dijera es una amplia admisión, y en ella encontramos a países tales como Georgia, India, Rusia, Ucrania y algunos Estados de los Estados Unidos.

Así por ejemplo en Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia que establece:

Art. 51, punto 4: *Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán*



*en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gesté, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante), y la ley federal de salud. (Ley Federal sobre la base de la protección de la salud de los ciudadanos, N ° 323-FZ). De acuerdo a esta legislación pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en el programa de salud y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática.*

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania. Así lo permiten el Código de Familia 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

#### 8.4.1.1. La adopción como alternativa

En primer lugar es válido que nos refiramos a que se entiende por adopción o filiación adoptiva, a lo que podemos decir: la misma constituye una Institución del Derecho de familia, por medio de la cual a través de una sentencia judicial se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos, un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea.

Durante el transcurso del presente trabajo hemos visto y analizado, la esterilidad y puesto de manifiesto que cuando una pareja la sufre, acude a las técnicas de reproducción o fecundación asistida para poder tener un hijo, sin embargo, el porcentaje de éxito de dichos métodos es bajo (30% aproximadamente), por eso en ocasiones resulta muy desgastante física, emocional y económicamente. Agotadas las instancias muchos optan por alquilar un vientre para poder ser padres, y dejamos de lado una opción más que importante, la adopción, que aunque es sorprendente el acto de amor desinteresado, conlleva todo un proceso, de desistir a la idea de ser padres biológicos.

Son numerosos los expertos que manifiestan que aceptar que no se puede tener hijos es un paso obligado hacia una vida plena y aunque puede resultar desgastante, es un duelo que debe vivirse en pareja. En este proceso nos encontramos con situaciones en primer lugar de enojo y negación, ya que como seres humanos nos cuesta mucho afrontar lo que no podemos alcanzar, como no poder procrear un hijo, se necesita mucho valor para renunciar o recurrir a la adopción (Tame, 2008).

Podemos decir que la adopción es una forma distinta de formar una familia ella implica ir un poco más allá de los lazos consanguíneos y solo dar amor, empero y como con cualquier hijo implica responsabilidades, más allá del hecho de ser o convertirse en padres.

Hablamos de adopción en este apartado, pero queremos hacer una importantísima aclaración, adopción como alternativa, ante la inmensa cantidad de niños, que son dejados al desamparo y la desprotección de sus padres, no a la adopción como medio para realizar el alquiler de vientre, en el que la portadora o gestadora, lleva al niño, para luego renunciar a sus derechos, cediéndolo con anticipación y otorgando la adopción a los padres contratantes.

Sabemos que adoptar en argentina, constituye un largo proceso, proceso que es llevado a término por quienes con profundo deseo y convicción de formar una familia, lo realizan, deseos y convicciones que no son motorizadas por el dinero de comprar un bebé.

Pensar, que hay miles de niños en el mundo que merecen una segunda oportunidad de ser y sentirse partes de una familia, y de recibir todo el amor que necesitan. Por un momento detengámonos a pensar y sopesar entre el deseo y la oportunidad que tenemos frente a nosotros de ser y sentirnos mejores personas y lógicamente cumplir el gran cometido, ser padres solo que esta vez desde el corazón.

La adopción ha sido considerada como una institución susceptible de colmar sentimientos afectivos dignos de consideración y respeto, y de servir de amparo a la infancia desvalida, simplemente tengamos en cuenta ésta opción y oportunidad, al momento de decidir formar una familia.

## 8.5. Nasciturus y su situación jurídica

Remontándonos al Derecho Romano, se sostenía que el concebido, no nacido no era “persona”, y lo consideraban parte del cuerpo de la mujer teoría “Pars viscer ummatris” (el concebido no es sino porción de las viseras de la madre “pozzione delle viscere materne”), empero ante la posibilidad cierta de que el bebé naciera se le brindó cierta protección dentro del seno materno, así por ejemplo si una mujer embarazada era condenada a muerte no se cumplía la condena, sin que antes naciera su hijo.

Hoy luego de haber superado esta teoría, el concebido es vida futura, es persona “por nacer” digna de ser protegida aunque no sea sujeto de derecho, titularidad que solo se adquiere con el nacimiento, como bien lo establece nuestro Código Civil. El embrión tiene en si el poder de hacerse pasar de la potencia al acto, proporcionándole el ambiente, los materiales, no la forma o la esencia.

Ahora bien, la razón de ser del nasciturus radica en su condición de humano, hay en él vida, vida que merece ser respetada y atribuirle personalidad jurídica, por ello afirmamos que tienen protección y cierta titularidad de derechos desde su concepción en el seno materno, pero lógicamente en esos entonces no existía la fecundación in Vitro, por lo que nos preguntamos ¿fuera del vientre merece la misma protección?, diremos que en todo momento es vida, y por tanto ser humano, persona por nacer, por lo que entendemos tenga la misma protección legal que los concebidos dentro del seno materno, su estatus jurídico dependerá del régimen legal que adoptemos en torno a estas problemáticas. No ha cambiando nuestra concepción, teorías, y saber, sino adaptando la legislación a los tiempos que transcurren, para no caer en discusiones bizantinas, y quitar protección legal a esa persona que no puede expresarse, pero que sí siente y tiene vida.

## 9. CONCLUSION

Hablar de ciencia, parece un tema recurrente en nuestros días, Oliver Wendell Holmes (1880) manifiesta *“La ciencia es un magnífico mobiliario para el piso superior de un hombre, siempre y cuando su sentido común esté en la planta baja”*.

Frase que parece manifestar con suma claridad la realidad actual, con la salvedad, de que el sentido común, el que un amigo dice siempre, el menos común de todos los sentidos, no se encuentra donde debiera. Nuestras vidas sentimentales, parecen reducirse a la tecnología, ya no sopesamos las desavenencias de la vida en la unión del matrimonio, ahora todo tiene solución todo se compra y se vende, la dignidad, la identidad, la verdad real, parecieran por momentos perderse de vista para ser reducida a procedimientos médicos, a la manipulación biológica, para concluir en la firma de un contrato un acuerdo de voluntades, sin medir absolutamente ninguna consecuencia, pero afirman quienes las defienden con consentimiento informado sobre lo que se realizará.

Vemos día a día, como crecen en el mundo las demandas de niños por encargo, por necesidad, seguramente que sí, esos matrimonios sienten la necesidad de ser y sentirse padres, ¿pero desear tanto algo, puede llevarnos a justificaciones tan atroces?, como cosificar a la mujer, como hacerla sentir un envase, para cumplir y suplir las necesidades de un modelo para armar.

En una de sus frases, tan revolucionarias para el siglo 21, en plena defensa de los derechos de la mujer, en pleno auge de los roles que ocupamos hoy, nos estremecíamos del pensamiento de David Hume, el que expresara *“Por la teoría de la inmortalidad del alma se explica fácilmente la inferioridad de la capacidad femenina: su vida doméstica no requiere facultades más altas ya sea de cuerpo o mente”*.

Y sin hacer excitaciones a las más degradantes frases que se pudieron sostener en la historia de la humanidad, lejos estamos de haber derrumbado esos pensamientos. Más allá de ello la dignidad del ser no es otro, ni más ni menos que el mismo que tienen todos los seres humanos sin distinción alguna de sexo, la misma dignidad que adquirimos en nuestro forjarnos, en nuestro perfeccionamiento existencial, en nuestras experiencias, en ver cumplidos nuestros más profundos deseos, en desplegar acabadamente nuestra naturaleza, bajo el amparo de un halo de racionalidad.

Durante siglos hemos bregado por la igualdad de derechos, de oportunidades, de reconocimiento, entre hombre y mujeres, y por el esfuerzo, por el sacrificio, por la entereza que caracteriza nuestro ser, lo conseguimos, conseguimos ocupar los lugares más insólitos, conseguimos ser parte de un estado de derecho, conseguimos votar, participar, elegir y ser elegidas, hasta el punto de tener presidente mujer, árbitros de fútbol mujer, pilotos mujeres, lugares en fin, que siempre fueron propios de hombres, sin embargo supimos conquistarlos, espacios impensados pero no por ello no deseados.

Ante todo ello, debemos ser conscientes como mujeres de los espacios que hemos ganado en lo social, cultural, laboral y político, y a pesar de los obstáculos y las muros impuestos por una sociedad particularmente manejada por varones, las mujeres hemos demostrado la igualdad, con una connotación característica desde la condición otorgada por la naturaleza femenina, enclaustrada en la milagrosa disposición para ser fecunda, de ella depende la continuación de la raza humana, condición que se ha transformado en una máquina de hacer bebés, una cosa que solo sirve a los fines útiles de engendrar un hijo como quien pinta un cuadro para luego venderlo.

La ciencia es buena, la medicina y las investigaciones en sus diferentes campos son loables, admirables, es importantísima la tarea que realizan, ahora estamos dispuestos a ¿pensar distinto a sentirnos cosas y a ser tratados como tales? Serán los niños que nazcan quienes vivirán sus vidas sintiendo y padeciendo esto, no porque no crezcan con amor, y en una familia, no porque no vivan con sus padres biológicos o con la madre que los dio a luz, sino porque en definitiva son producto de la ciencia y de la tecnología, son productos de la manipulación genética, y por que quizá muchos de ellos nunca conozcan su verdadera identidad.

Cuando empezara mi carrera, y allá por creo recordar introducción al derecho, una profesora decía y repetía hasta el cansancio, somos personas que necesitan vivir en sociedad para desarrollarse, para crecer, para formar una familia, y empezaba a descubrir, las primeras hojas del Código Civil, **persona** *todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones*, persona, es ente no cosa, cosa eran considerados los esclavos, y por ello se comercializaban, encuádralos en esta figura permitía los más atroces atropellos a la dignidad del ser. Aplaudimos por años la abolición de la esclavitud, festejamos cada 9 de julio nuestra independencia, y nos

decimos libres, ¿libres de qué? De la opresión de los reyes de España, no se es libre si se tiene que pensar como algunas potencias mundiales, no se es libre si como sociedad nos dejamos influenciar por la oferta y demanda del mercado y los intereses y antojos de muchos adinerados del mundo, debemos ser conscientes de el futuro que queremos para las generaciones venideras.

Todos los días hay una campaña distinta en la lucha por el planeta, en la no contaminación del suelo del agua del aire, y siempre escuchamos la frase por el futuro de la humanidad. De que humanidad hablamos, de la que se compra y vende, de la que le importa más el deseo o el dinero de algunos.

Estaba escribiendo mi trabajo, y de repente escucho Reforma del Código Civil, y entre sus enunciados sustitución de la gestación, claro me llamó la atención, algunas voces salieron a la luz, defendiendo la postura no es subrogación, es sustitución como si la eufemística, tapara todo. A las claras está que la intención es permitir estas prácticas, claro y uno se pregunta ¿qué puedo hacer?, ¿qué debo hacer?

Como sociedad, como parte de esta sociedad, debemos legislar sobre el tema, debatir, fijar una posición clara. Y muchos dicen, si pero no podemos ir en contra del progreso de la ciencia, es una realidad. Realidad que nosotros creamos y permitimos dejar entrar, la infertilidad existió a través de los siglos, y muchos hombres y mujeres la padecieron y padecen siempre hubieron alternativas, adoptar por ejemplo, si pero quiero que lleve mis genes quiero que sea mi hijo. Acaso nada importa, no importa el nido que se construye durante nueve meses para que ese ser crezca, no importan los sentimientos maternos de la mujer que lo gesta, no importa el lazo inexplicable que se crea y perfecciona en ese tiempo, al parecer nada importa más que satisfacer mi propio yo, ser padres.

Para concluir compartimos la propuesta de la Organización del Centro de Bioética la que textualmente manifiesta: *“Reemplazar el artículo 562 del proyecto de reforma del Código Civil Argentino por el siguiente: “Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”.*

A nuestro entender y luego de haber realizado un minucioso análisis en torno al tema de marras, culminamos categóricamente en oponernos absolutamente a la

práctica e instrumentación de este tipo de contrato, por todos los motivos expuestos a lo largo del presente trabajo, no obstante ante la posible comisión del mismo, solo se deberá reconocer como madre a quien dio a luz al niño.

## 10. ANEXO 1

### MODELO DE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE

*Este acuerdo es celebrado el día \_\_\_de\_\_\_\_\_, 19\_\_ por y entre\_\_\_\_\_ (Después llamados "Madre Genética y Padre Genético" o colectivamente como "Padres Genéticos") y\_\_\_\_\_ (después llamada "Portadora del Embrión").*

*Las partes saben que la Maternidad Subrogada es un área nueva e incierta de la ley y que este acuerdo puede ser anulado en todo o en parte como contrario al orden público.*

#### **I. PROPÓSITO E INTENTO**

*El sólo propósito e intento de este acuerdo es proporcionar los medios por los cuales\_\_\_\_\_, Padre Genético, fertilice In Vitro un óvulo de su esposa\_\_\_\_\_, Madre Genética, Para transferir e implantar en\_\_\_\_\_, Portadora del Embrión, quien está de acuerdo en llevar el óvulo / embrión a término y abandonar la custodia del niño nacido, conforme este acuerdo, a sus padres genéticos, \_\_\_\_\_.*

#### **II. REPRESENTACIONES.**

*\_\_\_\_\_ y\_\_\_\_\_ representan que ellos son un Matrimonio, cada uno mayores de 18 años, que desean entrar en este acuerdo.*

*\_\_\_\_\_ y\_\_\_\_\_ en demasía representan el absoluto discernimiento de que son respectivamente capaces de producir semen y un óvulo(s) de naturaleza suficiente para fertilizar in Vitro y subsecuentemente transferir en\_\_\_\_\_, Portadora del Embrión, pero no hacen representaciones acerca de la habilidad o capacidad de concebir de\_\_\_\_\_, llevar a término o dar a luz a un niño.*

*\_\_\_\_\_ representa que es una mujer casada, mayor de 18 años, y que desea entrar en este acuerdo por las razones que declaró y no para que ella misma se convierta en la madre de cualquier niño concebido por\_\_\_\_\_ y\_\_\_\_\_, partes en este acuerdo.\_\_\_\_\_ en demasía representa que conoce perfectamente que es capaz de llevar un óvulo / embrión a término.*

#### **III. SELECCIÓN DE MÉDICOS Y CONSEJERO**



A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente el (los) Médico(s) que examinarán a la Portadora del Embrión, orden y repaso médico y pruebas de sangre para los Padres Genéticos, Portadora del Embrión y el Marido de la Portadora, y ejecutar procedimientos FIV (el médico responsable. Las partes seleccionarán a un Doctor para hacer la revisión y ejecutar los procedimientos FIV (fecundación In Vitro).

B. El doctor del parto será el Médico Responsable o el OBGYN (Ginecobstetra) regular de la Portadora del Embrión, cualquiera que las partes conjuntamente elijan.

C. En cualquier momento que los Padres Genéticos consideren adecuado, seleccionarán en conjunto con la Portadora, a un especialista de la esterilidad para designarlo doctor Responsable.

D. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente a un psicólogo para la comprobación previa del Procedimiento FIV y aconsejar durante el embarazo. Las partes han seleccionado a \_\_\_\_\_ (el "consejero responsable") en \_\_\_\_\_, que está afiliado con \_\_\_\_\_.

#### IV. EVALUACIONES FÍSICAS

A. La Portadora del Embrión tendrá un examen médico, de sangre y otras pruebas y comprobación psicológica como haya sido determinado por los Padres Genéticos y sus consejeros. \_\_\_\_\_ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información que obtuvo como resultado del examen/comprobación a \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

B. El marido de la Portadora del Embrión se someterá a pruebas de sangre y de enfermedades de transmisión sexual (ETS) como determine el Médico Responsable \_\_\_\_\_ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenida como resultado del examen/comprobación a \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

C. Los Padres Genéticos tendrán pruebas de sangre y ETS como determine el médico responsable. \_\_\_\_\_ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenido como un resultado de examen/comprobación a \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

#### V. CONDICIONES

*Las obligaciones de todas las partes bajo este acuerdo (diferentes de la obligación de los Padres Genéticos de rembolsar a la Portadora del Embrión por gastos en que incurrió) se sujetan a las siguientes condiciones:*

*A. La aprobación de los Padres Genéticos y sus consejeros de los resultados de las pruebas y exámenes realizados en la Portadora del Embrión.*

*B. La aprobación de la Portadora del Embrión y el Médico Responsable de los resultados de las pruebas ETS realizadas a los Padres Genéticos.*

## **VI. INSTRUCCIONES MÉDICAS**

*A. \_\_\_\_\_ está de acuerdo en adherir a todas las instrucciones médicas que se le dé, incluso la abstención de comunicación sexual como señale el médico FIV. \_\_\_\_\_ está de acuerdo en seguir un traslado y examen prenatal médico en el horario que atiende el médico.*

*B. La Portadora del Embrión no fumará, no beberá bebidas alcohólicas, no usará drogas ilegales, ni medicamentos no prescritos o medicamentos prescritos sin aprobación del médico responsable.*

*C. La Portadora del Embrión sufrirá exámenes médicos prenatales dirigidos por el médico responsable, quien la someterá a otras pruebas médicas, y tomará sólo drogas o vitaminas recomendadas o prescritas por el médico responsable.*

*D. La Portadora del Embrión hará todo lo apropiado para cuidar su salud y la del feto durante el embarazo.*

*E. La Portadora del Embrión no se comprometerá en cualquier actividad arriesgada o impropia durante el embarazo.*

*F. La Portadora del Embrión no viajará fuera de \_\_\_\_\_ después del segundo trimestre de embarazo, excepto en el evento de enfermedad extrema o muerte en la familia (con aprobación de los doctores).*

## **VII. PROCEDIMIENTOS FIV**

*Es la intención de las partes hacer lo siguiente:*

*A. Probar el número de ciclos recomendados por el Médico Responsable, pero parará en cualquier momento que el médico recomiende detener.*

*B. Transferir un máximo de \_\_\_ embriones por ciclo.*

## **VIII. TERMINACIÓN TEMPRANA DEL ACUERDO**

*Antes de que la Portadora del Embrión se embarace, el acuerdo podrá terminarse:*

A. Por los Padres Genéticos, si la opinión del Médico Responsable es que la Portadora del Embrión no volverá a embarazarse sino dentro de \_\_\_\_ciclos.

B. Por los Padres Genéticos, si el médico Responsable o el consejero determina que esa Portadora del Embrión no es una buena candidata para llevar a cabo este acuerdo.

C. Por los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión, si la Portadora del Embrión no se ha vuelto a embarazar después de \_\_\_\_ciclos.

D. Por la Portadora del Embrión, si el Médico Responsable determina que los Padres Genéticos no son buenos candidatos para llevar a cabo este acuerdo.

E. A discreción de los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión.

En el evento de terminación temprana, los Padres Genéticos serán responsables por los costos en que incurrió la Portadora del Embrión a la fecha de la terminación.

#### IX. TERMINACIÓN DEL EMBARAZO

Las partes reconocen a esa Portadora del Embrión el Derecho Constitucional a abortar o no abortar el embarazo, sin embargo las partes pactan lo siguiente:

A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no abortar el embarazo, excepto para preservar la vida de la Portadora del Embrión.

B. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.

#### X. NACIMIENTO.

A. Situación.

La Portadora del Embrión dará nacimiento en \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_.

B. Noticia del nacimiento.

La Portadora del Embrión notificará a los Padres Genéticos tan pronto como realice su tarea, de manera que éstos puedan ir a verla al hospital. Los Padres Genéticos piensan estar en el hospital y estar presente durante el parto.

C. Responsabilidad por el niño.

Los Padres Genéticos serán Responsables por cualquier niño nacido, sea saludable o no. La Portadora del Embrión renuncia al derecho de hacer decisiones médicas con respecto al niño después del nacimiento.

D. Niño nacido con severos defectos.

*Si el niño nace con defectos tan serios que esa vida requiere equipos para sostenerse y el médico recomienda que el niño no se mantenga en ese equipo o no resucite, los Padres Genéticos harán la decisión. Si la Portadora del Embrión discrepa entonces será responsable por el niño desde ese momento, y los Padres Genéticos no tendrán más responsabilidad.*

*E. Nombre.*

*Los Padres Genéticos nombrarán al niño.*

**XI. RENUNCIA/ADOPCIÓN.**

*La Portadora del Embrión abandonará la custodia física del niño a los Padres Genéticos en el nacimiento. La Portadora del Embrión y los Padres Genéticos cooperarán en todos los procedimientos para la adopción del niño por los Padres Genéticos.*

**XII. PRUEBA DE PATERNIDAD.**

*La Portadora del Embrión, su marido y los Padres Genéticos están de acuerdo en que el niño tendrá prueba de paternidad, si los Padres Genéticos lo requieren.*

**XIII. DESPUÉS DEL CONTACTO DE NACIMIENTO.**

*A. La Portadora del Embrión puede ver al niño mientras esté en el hospital, pero el niño estará bajo el cuidado de los Padres Genéticos desde el nacimiento en adelante.*

*B. Después de que los Padres Genéticos tomen al niño del hospital, la Portadora del Embrión y su Marido estarán de acuerdo en no tratar de ver o contactar al niño. Los Padres Genéticos piensan guardar para la Portadora del Embrión información para enviar, una foto y una carta sobre el progreso del niño por lo menos una vez al año, si así lo desea la Portadora del Embrión. La Portadora del Embrión está de acuerdo en que será bastante razonable si el niño hace preguntas sobre su madre de nacimiento.*

**XIV. CONSEJEROS.**

*A. Sesiones de consejeros.*

*Es la intención de las partes que la Portadora del Embrión asistirá a por lo menos \_\_\_ sesiones del consejero por mes, con el Consejero Responsable en \_\_\_\_\_ durante el embarazo. Es también la intención de las partes que la Portadora asistirá a más sesiones del consejero si:*

*I. La Portadora del Embrión quiere asistir a las sesiones;*

*II. Los Padres Genéticos quieren que la Portadora asista a las sesiones; o*

*III. Se recomienda fuertemente por el Consejero Responsable que la Portadora del Embrión asista.*

*La Portadora del Embrión hará razonables esfuerzos por asistir a las reuniones, pero no se la castigará por no asistir a ellas si no se siente bien.*

*B. Discordancias.*

*Las partes señalan que si tienen discordancias entre ellos, estando incapaces de resolver rápidamente, o hay asuntos que quieren determinar ante una tercera parte, discutirán las discordancias o asuntos en una conferencia o reunión bajo la dirección del Consejero Responsable. Las partes reconocen que el Consejero Responsable es muy experimentado en materias de arrendamiento de útero y están de acuerdo en ser guiados por sus recomendaciones.*

*XV. HONORARIOS, REEMBOLSO, SEGURO Y OTROS GASTOS.*

*A. Honorarios de la Portadora del Embrión.*

*1. Los Padres Genéticos están de acuerdo en pagar a la Portadora del Embrión, como compensación por sus servicios, la suma de \$\_\_\_\_\_. Se pagará la compensación en 10 cuotas iguales mensuales; se pagan las primeras después de que el embarazo se confirma.*

*2. En el caso de un embarazo múltiple, los Padres Genéticos están de acuerdo en pagarle una suma extraordinaria a la Portadora del Embrión de \_\_\_\_\_ por niño adicional. La paga extraordinaria que se retribuye aumentará los honorarios del original de \$\_\_\_\_\_ y desembolsos en cuotas iguales mensuales.*

*3. Los Padres Genéticos abrirán una cuenta y pondrán todos los honorarios en ella antes de que los procedimientos FIV empiecen. Se autorizará desembolsar fondos de la cuenta para el pago del honorario del abogado de los Padres Genéticos (sección XV, parte uno, párrafo uno y dos).*

*4. La Portadora del Embrión recibirá los honorarios del total pactado (sección XV, parte uno, párrafo uno y dos), con tal que lleve al niño(s) por lo menos 32 semanas.*

*5. En el evento que se mande hacer una cesárea en el nacimiento solo o múltiple, se le pagará \$\_\_\_\_\_ adicionales a la Portadora del Embrión.*

*6. Los Padres Genéticos pondrán \$\_\_\_\_\_ en la cuenta mencionada considerada (v) para pagar cualquier gasto médico no cubierto por el seguro.*

*7. Por un ciclo completo que no da por resultado un embarazo, se pagará una suma de \$\_\_\_\_\_ a la Portadora del Embrión.*

*B. Terminación del Embarazo. 1. Si la Portadora del Embrión aborta (por ninguna falta de ella misma) o se aconseja por el Médico Responsable que un aborto*

*es necesario para salvar su propia vida, entonces el pago planeado perfilado en la sección XV, parte uno, cesará y todos los pagos a la fecha pertenecerán a la Portadora del Embrión. Cualquier gasto médico no pagado o no reembolsado será de la responsabilidad de los Padres Genéticos.*

*2. Si la Portadora del Embrión aborta el embarazo por que no se dirigió como se lo ordenó el Médico Responsable y los Padres Genéticos, estos últimos no tendrán responsabilidad alguna por honorarios del arrendamiento o gastos por otra cosa que la Portadora del Embrión haya incurrido en esa fecha.*

#### *C. Seguro.*

*1. Los Padres Genéticos serán responsables por el seguro de vida del término para la Portadora del Embrión.*

*2. La póliza se traerá antes del primer ciclo de FIV y quedará en efecto hasta dos meses después del parto o término del embarazo. Costará aproximadamente \$\_\_\_\_\_ el precio de \$\_\_\_\_\_ al contado, cantidad del seguro. Los beneficiarios serán la Portadora del Embrión y su Marido.*

#### *D. Consejero*

*1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos del control psicológico para la Portadora del Embrión.*

*2. Los Padres Genéticos son responsables por los costos de consejería para la Portadora del Embrión en una cuota mensual de \$\_\_\_\_\_.*

*3. Los Padres Genéticos son responsables por hasta 5 sesiones de consejería para la Portadora del Embrión con el Consejero Responsable después del nacimiento, si es requerida.*

#### *E. Pagos médicos.*

*1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos razonables de control médico para la Portadora del Embrión, el marido de la Portadora, la Madre Genética y el Padre Genético.*

*2. Los Padres Genéticos son responsables por todos los costos médicos relacionados con la concepción, embarazo y nacimiento no cubierto por el seguro médico.*

*3. La póliza médica de seguro de la Portadora del Embrión será la cobertura del seguro primaria por costos médicos relacionados con el embarazo y nacimiento.*

*4. Si un especialista médico para embarazos de alto riesgo es recomendado por el Médico Responsable y no cubierto por el seguro, los Padres Genéticos serán responsables por todos los costos relacionados.*

#### *F. Honorarios de los abogados.*

*Los Padres Genéticos son responsables por los honorarios del abogado de la Portadora del Embrión, para revisar el contrato, así como con todo lo relacionado con el procedimiento de adopción.*

#### *G. Otros pagos.*

*1. Reembolso por gastos de cuidado del niño relacionado con la Portadora del embrión por visitas a la doctora. (\$\_\_\_\_\_/ Hr. o \_\_\_\_\_/ por día en la noche anterior del cuidado.*

*2. Reembolso por gastos de viaje a \$\_\_\_\_por milla por carro, venta de boletos de una aerolínea, y hotel en relación con visitas al doctor o visitas del consejero.*

*3. Auxiliador de la casa: los Padres Genéticos proporcionarán \$\_\_\_\_por semana (pago mensual de antemano) en el caso de embarazo múltiple o embarazo de alto riesgo en el que el Médico Responsable requiere que la Portadora del embrión debe estar en reposo o reducir drásticamente su actividad.*

*4. Vestuario de maternidad: \$\_\_\_\_\_.*

*5. Nacido muerto.*

*Los Padres Genéticos serán responsables por cualquier entierro o gastos de la cremación.*

*6. Los Padres Genéticos no son responsables por cualquier cargo o costo a menos que conste por este acuerdo.*

#### *XVI. OTROS GASTOS.*

##### *A. Publicidad / Confidencialidad.*

*1. La Portadora del Embrión no publicará información sobre los Padres Genéticos o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que los Padres Genéticos aprueben el descubrimiento.*

*2. Los Padres Genéticos no descubrirán información sobre la Portadora del Embrión o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que la Portadora del Embrión apruebe el descubrimiento.*

*B. Muerte de Madre Genética o Padre Genético antes del nacimiento del niño(s).*

*1. Si el Padre Genético muere antes de que el niño nazca, se pondrá con la Madre Genética como la madre del niño, y todos los términos de este acuerdo continuarán.*

2. Si la Madre Genética muere antes de que el niño nazca, se pondrá con el niño con el Padre Genético como el padre, y todos los términos de este acuerdo continuarán.

3. Si ambos, Padre y Madre Genéticos mueren antes de que el niño nazca, han escogido a \_\_\_\_\_ para estar como guardián de él y tomar custodia a su nacimiento.

4. En el evento de la muerte de ambos, la Madre Genética y el Padre Genético, \_\_\_\_\_ será responsable por todos los gastos relacionados con el arrendamiento.

#### **XVII. ARBITRAJE.**

Por cualquier tipo de disputas referidas a este acuerdo, la brecha será resuelta por arbitraje en \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de acuerdo entonces con las reglas presentes de la Asociación del Arbitraje Americana, cualquier Corte tiene jurisdicción en esto. Los costos de arbitraje, incluso abogado, los pagará razonablemente la parte que designó el Árbitro o Corte. Puede una parte ya sea dimitir o abandonar el alegato antes de oír Sentencia, la otra parte, en todo caso, podría permanecer como parte.

Ambas partes deben recibir el juicio o premios en sus demandas respectivas, la parte en cuyo favor el juicio sea favorable o se da premio, "Prevalece la parte".

#### **XVIII. FIRMAS.**

*Sucesores & Asignatarios:*

*Este acuerdo asegurará al beneficio de y liga de las partes, sus herederos, representantes personales, sucesores y asignatarios. EN AUSENCIA DE TESTIGOS, las partes han ejecutado este acuerdo en la fecha que sigue a continuación.*

*Datado este \_\_\_ día de \_\_\_, 19\_\_a \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_*

*por: \_\_\_\_\_, Portadora del Embrión*

*por: \_\_\_\_\_, Padre Genético*

*por: \_\_\_\_\_, Madre Genética.*



## 11. BIBLIOGRAFIA

- ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA (2000) *Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civi: Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre.* Ed. T 188-993 17 de julio de 2000.
- AUDESIRK TERESA, AURDESIRK GERALD, BRUCE E. BYERS (2004) *Biología: Ciencia y Naturaleza* Ed. Perason Educación pág. 232.
- BABBIO, N. (1991) *El tiempo de los derechos.* Madrid pág. 18.
- BALDINI, G. (1988) *Volont e procreazione. Ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternit, Dir. Fam. e Pers.,* pp. 765 y ss.
- DE CASTRO CID, B. (1993) *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos.* León pp. 68-79.
- D'ADDINO SERRAVALLE PAOLA (1988) *Ingeniería genética e valutazione del giurista.* Napoli, Italia cfr. ob. cit., pp. 616-617.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M (1989) *Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales,* en libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi. Madrid, Civitas pág. 358,359.
- FAMILY LAW QUATERLY (1988) *Subrogase parenting: what should legislatures do* N° 22 pp. 149 y ss.
- FLORENTINO (533 D.C.) *Derecho Romano. Digesto de Justiniano* 1,5 4,1
- FLORIS MARGADANT GUILLERMO (1965) *Derecho privado romano,* México, Esfinge, 2ª ed., p. 52.

-GARCIA RUBIO, MARI PAZ (1987) *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida*. Consideraciones respecto del derecho civil español Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987, Pág. 73

-GEMELLI, A. (1995) *La fecondazione artificiale*, Milán.

-GÓMEZ FERRER SAPIÑA, RAFAEL (1995) *Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid, España, ob. cit., pág. 303.

-GÓMEZ SÁNCHEZ YOLANDA (1994) cfr. *El derecho a la reproducción humana*, cit., pág. 62;

-GORASSINI, ATILIO (1987) *Procreazione artificiale eterologa erapporti parentali primari, Diritto di famiglia e delle persone*. Napoli, Italia pág. 964.

-GUITRÓN FUENTECILLA, J (1987) J. *La genética y el Derecho familiar*. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.

-HARVARD ÚRW REVIEW (1985) *Reproductive technology and the procreation rights of the unmarried*, Vol 98 N°3 pág. 678.

-HEGNAUER, CIRILO (2006) *Die familien rechtliche in der schewiz (El derecho de la familia en Siuza)* Bern. Achtung, Nevaufgabe geplant.

- HORNO GOICOECHEA PEPA (2011) *Ser madre, saberse madre, sentirse madre*. Ed. 1º Desclée De Brouwer.

-IAGULLI P. (1999) *I dirítti riproduttivi. Elementi per una loro teoría generale*. Archivio Giuridico. Filippo Serafini 3-4. cit. pág. 373

IAGULLI, P. (1999) *I dirítti riproduttivi. Elementi per una loro teoría generale*, Arch. Giur., vol. CCXIX pp. 355-391

-JOSSERAND LOUIS, (1938) *Cours de droit civil positif francais*. Librairie du Recueil Sirey. Paris Volumen 1-3.

-KAISER, D. S. (1988) *Artificial insemination: donor rights in situations involving unmarried recipients* en *Journal of Family Law*, N° 26.

-KOTLER PHILIP, PRENTICE HALL (1996) *Dirección de Mercadotecnia*, Octava Edición pág. 7.

-LARROUMET, CHRISTIAN (1999) *Teoría general del contrato*, Vol. I, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, p. 10.

-LEMA AÑÓN, CARLOS (1999) *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Colección Estructuras y Progresos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid, España, *op. cit.* pág. 139.

-LEÑERO OTERO LUIS (1994) *Situación de la Familia en México*. La cuestión social. México. Año 2, N°1, primavera marzo-junio.

-LLEDÓ YAGUE (1987) *La genética actual y el derecho de familia*. Rev. Tapia, Oct.1987, pág. 47

-MANTOVANI (1995) *Diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la persona* Padova. pág.109.

-MANTOVANI FERRANDO (1994) *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados*. Revista de derecho y genoma humano, Núm. 1 (julio-diciembre), Edición española. Universidad de Deusto. Bilbao, España pág.71/108.

-MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA (2001) *Diez temas de reproducción asistida*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España. pág. 40.

-MAINAR RAFAEL BERNAD (2000) *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Católica Andres, pág. 109.

-MARIN VELEZ, ADOLFO (2005) *El arrendamiento de vientre en Colombia* Universidad de Medellín. Edic. 1ª. Pág. 100.

-MARTINEZ CACERRADA, LUIS (1989) *La nueva inseminación artificial*. Madrid, Central de Artes Gráficas, pág. 80/81.

-MARTINEZ CARLOS (2009) *Arrendamiento de Úteros*. Conferencia Magistral 30 de Enero de 2009, Poder Judicial del Estado de Colima.

-MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEGIU, J. M. (2001) (Prólogo del libro) *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. citado en: SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, ISBN 950-20-1339-5, pág. 109.

-MAY, WILLIAM E; ENGELHARDT H.T. (1995) *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona. Ed. Paidós pág. 303.

-MC. LEAN, LEONARDO (1993) *Aspectos éticos de la fertilización asistida*. Boletín de la Academia Nacional de Medicina. Suplemento dedicado al Simposio “*Del Nacer y del morir*” 4 y 5 de mayo de 1993. p. 27. Buenos Aires

-MEDINA GRACIELA y ERADES G. (1990) *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*. Jurisprudencia Argentina, Bs. As. II 714, ns. IV y V pág. 8.

-MEDINA GRACIELA, *Tratamientos de fertilización asistida. Visión jurisprudencial*. DF 01/05/2010, pág. 179.

-MEULDERS KLEIN (1988) *Le droit de l'enfant face au droit a l'enfant et les procréations médicalmentas sistées*, RTrDC pág. 666).

-MONTES PENADÉS V. (1994) *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, AC, N° 47 pp. 962-963.

-MORAN DE VICENZI, CLAUDIA (2004) *El Concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Aras Editores. Piura, Perú. Pág. 191-194.

-MUNCIGO AGUADO, ÁNGEL MARTÍN (1997). *Biología Progreso y Ley*, en “*Ingeniería Genética y reproducción asistida*” Ed. De Marino Barbero Santos. Madrid (1989) Pág. 9. Citado en Rodríguez Manzanera, Luis. “Ingeniería genética, reproducción asistida”, *Op. Cit.*, Pág. 170. Revista Jurídica “Facultad de ciencias sociales y políticas, jurisprudencia y criminología” México, Año 3 N°9/10 Enero-junio.

-OSORIO JESUS DE LOS RÍOS, OSORIO SOLEDAD DE LOS RÍOS (2005) “*Cirugía Urología*” Universidad de Antioquia, pág. 447.

-PARDO ANTONIO (2010) *Cuestiones básicas de bioética*. Ed. Rialp pág. 19

-PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, JUAN JOSÉ (2008) *Bioética de los principios*, en Cuadernos de Bioética, XIX, España, pág. 45

-PESSINI, LEOCIR (2004) *Bioética y cuestiones éticas esenciales en el final de la vida*, en LOLAS STEPKE, FERNANDO Editor: *Diálogo y Cooperación en Salud. Diez años de bioética en la OPS*, Organización Panamericana de la Salud, Santiago, pág. 53.

-PORRAS DEL CORRAL, Manuel (1996) *Biotecnología derecho y derechos humanos*. Publicaciones Cajasur, Córdoba, España.

-QUIÑONES ESCÁMEZ ANNA (2009) *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*. Revista para el análisis del Derecho 1/ de febrero de 2009, N°3 pág. 32).

-ROBERTSON (1994) *Children of choice Freedom and. The new reproductive technologies*. Princeton. New Jersey. Princeton University. Preres cit, pág. 39. Con similares argumentos; SINGER, P. and WELLS, D. (1984) *The reproduction revolution. New ways of marking babies*. Oxford; Wu, L. (1998) *Family planning through human cloning: is there a fundamental right*, en Columbia Law Review, vol. 98, n. 6 pp.1491 y ss.

-ROMEO CASABONA CARLOS MARÍA (1994) *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid pp. 119-125

-ROS CODOÑER, JAVIER (2009) *Familia, procreación y valor de la vida*, en Cuadernos de Bioética, XX, España, p. 75.

-SANDHUSEN RICHARD (2002) *Mercadotecnia*. Compañía Editorial Continental pág. 3.

-SANOTORO PASSARELLI, FRANCISCO (1997) *Diritto civile. Doctrine generali del diritto civile*. N° 9 Ed. Jóvene.

-SOLER SEBASTIN (1994) *Derecho Penal Argentino - Parte General*. Buenos Aires, Astrea.

-STANTON, ETZEL Y WALKER (2004) *Fundamentos de Marketing*, 13va. Edición pág.120.

- TAME NANCY (2008) *Infertilidad: El dolor Secreto*, Ed. Pax México.

-THOMASMA DAVID C., THOMASINE KUSHNER (2003) *De la vida a la muerte*. Ciencia y Bioética. Ed. Akal, traducido por Rafael Herrera Banet pág. 85.

-TRABUCCHI (1986) *La procreazione anificiale e genética umana nella prospettiva del giurista*. Revista de Derecho Civil Vol I. Comunicación al Congreso de Verona octubre de 1986. Ed. Padova cit., pp. 501 y ss.

-VAN BOVEN, T. C. (1980) *Les criteres de distinction des droits de l'homme, en Les dimensions internationales des droits de l'homme* (sous la direction de V ASAK, K), Paris pp.52-58.

-VIDAL GARCIA MARCIANO, (2003) *La clonación humana y reproductiva realidad científico-técnica y discernimiento ético*” Ed. Biblioteca de Derecho y Ciencia de la Vida, España pág. 88 y ss.

-VILA-CORO, M. D. (1992) *La reproducción asistida en la mujer sola*. Revista General de derecho N°572. Valencia, España.

-WATT D. J.; ENGELHARDT.H.T. (1995) *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona. Ed. Paidós pág. 303.

-ZANNONI EDUARDO (1978) *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Bs. As., Astrea pág.111

-ZARRALUQUI SANCHEZ-EZBARRIAGA, L. (1988) *La procreación asistida y derechos fundamentales*. Madrid: Bosch pág. 66; MORAN DE VICENZI, CLAUDIA (2004) *“El concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Aras Editores. Piura, Perú Cit. pág. 163; BOBBIO, NORBERTO (1991) *El tiempo de los derechos*, Traducido por Lorenzo Córdoba Vianello y Pedro Salazar, Madrid: Trota, pág. 18.

-ZEGERS-HOCHSCHILD F., G.D. Adamson, J. de Mouzon, O. Ishihara, R. Mansour, K. Nygren, E. Sullivan, S. Van der Poel (2010) *“Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)”*. Versión revisada y preparada por el Internacional Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OSM).