



“GESTACION POR SUSTITUCION”

El Camino a su Regulación

NATALIA GIRAUDO

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ABOGACIA

Córdoba, noviembre del 2013

DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada a “mi papa”, mi pilar, mi sostén, que con su tenacidad y lucha es mi ejemplo a seguir. Gracias por creer siempre en mí, nunca dejarme rendir y acompañarme, en este, no solo mi sueño sino el de El también.

A mi hijo, Thiago, compañero incansable de este camino, gracias por ser mi luz y motivo de vida.

A mi abuela, mi ángel, que desde el cielo guía mis pasos y me dio la fuerza necesaria para continuar hasta este, mi gran logro.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradecer a mi familia, a cada uno de ellos: mamá, papá, abuelo y hermanas por su apoyo incondicional, la paciencia y la tenacidad brindada en momentos agobiantes.

A mi hijo Thiago por estar siempre a mi lado.

A mis amigas, que estuvieron en mis largas horas de estudio, en silencio, acompañando, haciendo más fácil el pasar de las horas.

A mis compañeros de estudio, profesores, ayudantes. A todos lo que de una u otra manera fueron parte de este proyecto, de las horas de estudio y redacción y sin los cuales el camino hubiera sido más difícil.

Gracias a Dios, por dejarme llegar a donde he llegado hoy.

RESUMEN

Este trabajo intenta dar respuesta a un análisis comparado de la maternidad por subrogación, su tratamiento en los países y las diversas consideraciones en la legislación particular.

Con la reciente aprobación de la Ley Nacional de Fertilización Asistida N° 26.862 y los intentos de reforma y unificación del Código Civil y Comercial, cabe aclarar que está más cerca que antes la posibilidad en la Argentina de admitir la Maternidad Subrogada.

En el siguiente trabajo analizaremos en profundidad la gestación por sustitución. Los argumentos que se esgrimen a favor y en contra de esta compleja figura, su situación en otras legislaciones. Sus consecuencias y la realidad de la práctica, a los efectos de demostrar la necesidad de su contemplación legal a nivel nacional e internacional.

Analizaremos el proyecto de reforma del código civil, en especial los artículos referidos a la maternidad subrogada.

ABSTRACT

This paper attempts to answer a comparative analysis of surrogacy motherhood in his treatment in the various countries and the various considerations in the particular legislation. With the recent approval of assisted fertility law it is clear that is closer than before in Argentina the possibility of admitting a diverse treatment of this type of location. This work aims to analyze in depth the surrogacy, the arguments used for and against this complex figure, his legal situation worldwide and its consequences and reality, for the purposes of demonstrating the need for contemplation legal national and international level.

INDICE

CAPITULO I	13
1.1. Introducción	15
1.2. Breve Descripción del Tema.....	20
1.3. Justificación	21
1.4. Objetivos Generales y Específicos.....	22
1.5. Antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales.....	22
CAPITULO II	25
2.1. El Contrato de Maternidad Subrogada.....	27
2.2. Posturas y argumentos en contra y a favor.....	28
2.3. Situación Legal Mundial.....	34
2.3.1. <i>Prohibición de la Gestación por Sustitución.</i>	35
2.3.2. <i>Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.</i>	37
2.3.3. <i>Admisión amplia.</i>	39
CAPITULO III	41
3.1. Reproducción asistida y contexto europeo.....	43
3.1.1. <i>Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y procedimientos relacionados.</i>	44
3.1.2. <i>Ámbito de aplicación de la Reproducción Asistida.</i>	45
3.1.3. <i>Inseminación artificial post-mortem.</i>	45
3.1.4. <i>Donación y crio conservación de gametos</i>	45
3.1.5. <i>Donación y crio preservación de embriones</i>	47
3.1.6. <i>Experimentación embrionaria</i>	47
3.1.7. <i>Manipulación genética</i>	47
3.1.8. <i>Maternidad de sustitución</i>	47
3.1.9. <i>Desviaciones en el uso de las técnicas de Reproducción Asistida</i>	48
3.1.10. <i>Sanciones</i>	48
3.2. Derecho Internacional Privado.....	49
3.3. El turismo reproductivo	50
3.4. El caso Baby M.....	55
CAPITULO IV	59
4.1. La Situación en Argentina.....	61
4.2. Derecho Internacional Argentino	62
4.3. Jurisprudencia Argentina	64
4.4. Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina.....	67
4.5. Derecho y realidad. Necesidad de regulación	68

4.6. Hacia una Regulación	70
4.7. Proyecto en el Código Civil.....	73
4.8. Análisis del artículo	77
CONCLUSION.....	83
BIBLIOGRAFIA	89
ANEXO.....	97
Ley nacional de fertilización humana asistida	97
Análisis de la ley de fecundación artificial en Argentina	117
Después de la aprobación.....	121
Fertilización asistida, los vacíos legales que podrían existir detrás de la Ley	121

CAPITULO I

1.1. Introducción

Las madres subrogadas o madres portadoras, son aquellas mujeres a las cuales se les transfiere a su útero un embrión ajeno para ser concebido, cuando por causas de imposibilidad o dificultad la madre biológica no pueda llevar a término el embarazo (BOSSERT Y ZANNONI, 2000). Podemos decir entonces que son mujeres que facilitan su útero para implantar un embrión, debiendo entregar el niño al momento de su nacimiento, a los padres genéticos. Puede sumarse el supuesto que la madre sustituta aporte su ovulo, sin interés en el niño, que será biológicamente hijo de un varón y una tercera mujer (YUNGANO, 1990).

En los pocos países donde la maternidad subrogada se encuentra permitida, se compromete a la mujer fértil mediante un contrato a que gaste un embrión ajeno, que puede o no pertenecer genéticamente a los contratantes, hasta el momento en que deba entregarlo a la pareja portadora del material genético, mejor dicho a la pareja contratante; renunciando, a través del contrato, a aquel derecho que podría implicar su calidad de gestante (MARTINEZ- PEREDA, 1994).

Consideramos que el estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del ovulo por el espermatozoide, desde el momento en que se quiere ser madre y continua hasta después del nacimiento, con el deber de ser madre. Visto desde este punto creemos que la referencia correcta a la maternidad subrogada es la que hace LOPEZ FAUGIER, (2005), esta autora la llama “gravidez subrogada”; gravidez definido por la Real Academia Española, como estado de embarazo de una mujer; dado que de lo que se trata es de prestar el útero, es decir, sustituir la matriz para gestar el embrión genético de otro. Esto puede hacerse de forma altruista o forma comercial.

En la maternidad subrogada existen 2, hasta 3 mujeres que han participado activamente y desde diferentes aspectos para la concepción del bebe. Es decir que una lo da a luz, otra aporta su ovulo y una tercera que puede o no ser alguna de las anteriores que cuida de él toda la vida, la pregunta es, ¿Cuál de estas maternidades tiene más peso? (LOPEZ FAUGIER, 2005).

Pueden admitirse cuatro formas de maternidad por subrogación:

- Madre portadora, se da en el supuesto que la mujer pueda generar óvulos, pero por deficiencia uterina o física no pueda gestar, es decir llevar a término el embarazo. Es un típico caso de préstamo de útero, donde se produce una trigenración humana: espermatozoide del marido, ovulo de la mujer y útero de una tercera mujer.
- Madre Sustituta, en este caso la mujer no puede generar óvulos ni gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones.
- Ovo donación, se da cuando la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero si puede gestar por lo que necesita una mujer que le ceda óvulos.
- Embriodonación, esto se da en el supuesto de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que done su ovulo y permita ser fecundada llevando a término el proceso de gestación (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001).

Este tipo de maternidad en nuestro país ha tomado una importancia mayor que la que tenía años atrás. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han ampliado el panorama en cuanto a soluciones para parejas o individuos que buscan ser padres pero

que por diversas razones no pueden lograrlo naturalmente. La maternidad por subrogación es una práctica que ayuda a miles de parejas que buscan tener un hijo propio, antes de pensar en una adopción y esta realidad no deja exento a nuestro país; es por ello que es fundamental y urgente pensar en una legislación que regule la práctica para evitar la clandestinidad y los problemas que trae aparejado, como el comercio clandestino y el abuso de las situaciones fácticas de la madre subrogada.

Se utilizan diversos términos para denominar esta práctica, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler y madres gestantes (MIR CANDAL, 2010)

En Argentina, el Poder Ejecutivo por decreto 191/2011¹ creó una comisión para elaborar un Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial -“Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”-. Siguiendo la terminología adoptada por el proyecto presentado luego de un año de trabajo, nos inclinamos por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético (LAMM, 2012).

¹ Decreto 191/2011- Buenos Aires 23/02/2011.

Los aspectos éticos abundan y muchos son los cuestionamientos. ¿Puede la gestante prestar un consentimiento verdaderamente informado? ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño? ¿Qué crisis de identidad puede producirse? ¿Los acuerdos de gestación por sustitución deberían autorizarse sólo para parejas infértiles, o también por motivos de conveniencia? ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la gestante? ¿Esto conduciría a la posible explotación de las mujeres? ¿Corresponde decirle al niño que para su existencia se ha recurrido a una gestante? ¿Qué tipo de registros se deben mantener? ¿Debería el niño nacido tener acceso a ellos?

La gestación por sustitución tiene raíces remotas; incluso en el Antiguo Testamento pueden encontrarse antecedentes. Pero lo cierto es que alcanza visibilidad pública a mediados de 1980, con el caso Baby M, al que volveremos más adelante. No obstante este dato, el primer caso de gestación por sustitución reportado en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética (GROSSMAN, 2010). Años antes, en 1978 nace Louise Joy Brown, la primera persona nacida por fecundación in vitro (*El Mundo*, 2003).

Desde entonces se ha convertido en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva, aunque su aceptación no es pacífica. En cuanto a las causas que conllevan a la realización de estas prácticas se puede citar:

- Problemas de infertilidad o esterilidad.
- Parejas homosexuales o solteras

A nuestro entender la gestación por sustitución es cada día más común en nuestro país aunque no esté contemplada por nuestro ordenamiento jurídico. Los contratos de subrogación de vientres existen debido a los avances de la ciencia de los

últimos años pero un vacío legal es la realidad contra la cual nos enfrentamos cotidianamente. De allí la importancia de investigar la temática.

Muchos fueron los proyectos de ley que se presentaron para regular esta práctica, pero creemos que recién ahora con la futura reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial, es que podemos estar frente a una verdadera regulación que se condice con la práctica.

La maternidad por subrogación se encuentra permitida y regulada en algunos países pero totalmente prohibida en otros, grande es la discusión entre los adeptos y los que por otra parte se oponen. En ocasiones esta práctica muestra tres facetas. Por un lado, como sucede en India, las mujeres que lo consideran un trabajo anual, ya que alquilan su vientre y con las ganancias obtenidas viven un cierto tiempo; por el otro la de quienes buscan ser padres a través de esta práctica, no considerándola un negocio sino una posibilidad de ver realizado su sueño; y por último pero no menos importante se encuentra el caso del niño fruto de esta actividad

Lo cierto es que la ciencia superó ampliamente a la legislación, pero aquí nos encontramos no solo ante un problema legal, sino con diversos matices sociológicos, éticos, morales, religiosos y psicológicos, es de allí que se desprende el interés en la investigación, en la búsqueda de objetivos y planteamiento de diversos problemas para ser abordados con todas las herramientas disponibles.

A lo largo de este trabajo, trataremos la gestación por sustitución, conocida también como alquiler de vientres, vamos a describir y analizar la práctica, abordando el punto de vista internacional y el derecho comparado. Para concluir con la situación en Argentina y el camino a su regulación.

1.2. Breve Descripción del Tema

La maternidad subrogada, es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo un embarazo en un recinto ajeno, sino además por que como se mencionó anteriormente carece de regulación alguna en nuestro país.

Según GONZALES MERLO (2008) la maternidad subrogada es un proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer. RUBIO CORREA (1996) la define simplemente como el acuerdo por el cual una mujer gesta un niño para que sea hijo legal de otra.

Como vemos, la mayoría de los autores coinciden en describir a la gestación por subrogación como un proceso por el cual se gesta un hijo para otra persona; aunque a veces no solo se gesta sino que también puede incluir el aporte, venta o cesión del óvulo, lo cual compromete genéticamente a la mujer substituta, dándole mayor complejidad social, ética y legal al asunto.

Podemos ver que en la actualidad se ha convertido en una práctica muy común, a este método han recurrido mucha personas famosas de las cuales tenemos registro, como el cantante Riky Martin, quien se convirtió en padre de gemelos luego de alquilar un vientre o la actriz Sharon Stone, quien a los 47 años opto por recurrir a este método para ser madre por segunda vez; en nuestro país la actriz Florencia de la V, recurrió a esta práctica en Estados Unidos y pudo ser madre de mellizos (CALDERON BELTRAN, 2008).

Hablar en la actualidad de maternidad subrogada es hablar de un fenómeno social que se expande a pasos agigantados, esto debido a que resulta eficaz para obtener descendencia a aquellas parejas donde la mujer padece alguna infertilidad, eficaz para personas solas que aspiren a convertirse en padres o madres siendo solteros, e incluso eficaz para parejas homosexuales. Sin embargo se enfrenta a

obstáculos sociales y jurídicos que en ciertos aspectos la han hecho inviable (CALDERON BELTRAN, 2008).

Existen diferentes modalidades de maternidad subrogada, puede alquilarse solo el útero de la mujer pero no los óvulos, o incluir dentro de dicho contrato el material genético también. En cualquiera de las modalidades, la mujer que alquila se vuelve, en algún sentido madre, pero el niño, no es de ella (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001).

1.3. Justificación

La maternidad por subrogación en nuestro país ha tomado una importancia mayor que la que tenía años atrás. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han ampliado el panorama en cuanto a soluciones para parejas o individuos que buscan ser padres pero que por diversas razones no pueden lograrlo naturalmente.

En vistas a la próxima reforma del Código Civil y Comercial, en el cual los juristas han incorporados muchos artículos referidos a técnicas de reproducción asistida, a gestación por subrogación y demás, es que debemos conocer más profundamente este tipo de prácticas.

En ese contexto el siguiente trabajo es un intento de aportar claridad conceptual y normativa sobre el tema, con el objeto de delinear las bases para un tratamiento jurídico satisfactorio. La investigación nos conducirá por diversas posturas llenas de argumentos ricos y conclusiones valiosas, pero lo interesante es analizar cada caso en particular y así llegar a un punto de conexión, donde podamos sacar nuestras propias conclusiones para decidir cuál es la mejor solución al problema planteado. Nos dedicaremos al análisis del nuevo articulado que entrara en vigencia desde la aprobación del futuro código civil, y los casos más resonantes en la jurisprudencia nacional.

1.4. Objetivos Generales y Específicos

Objetivo general:

- Introducirnos en esta temática contemporánea, desglosar los diferentes aspectos para tomar ante ellos una postura sólida.
- Comparar las diferentes legislaciones donde ha sido admitida o prohibida.

Objetivos específicos:

- Explicar la práctica conocida como alquiler de vientres o maternidad subrogada.
- Analizar las posibles situaciones personales de las partes donde sería posible llevar adelante esta práctica.
- Comparar el derecho europeo con el anglosajón donde se muestran diversas posturas frente a este tema.
- Analizar las modificaciones propuestas por el proyecto de reforma del Código Civil Argentino, en torno a la recepción del instituto de la maternidad por subrogación.

1.5. Antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales

En las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989) se manifestó que: “la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”. Años después, en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, prestigiosos juristas 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” (LAMM, 2012).

Un importante sector de juristas, entre ellos ZANNONI (1998), BORDA (1993) se muestran contrarios a esta figura. Para BERGER (2012) este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa ilícitos.

Citando a los eximios juristas del derecho de familia BOSSERT Y ZANNONI, decimos que: Sin duda, si en nuestro país se demandara por un contrato de esa índole, sea para pedir el pago del precio del alquiler, sea para requerir la entrega del niño, en virtud del contrato, la demanda no prosperaría, en virtud del art. 953 del Código Civil², ya que no es posible negociar sobre el estado de familia de las personas. Ello sin perjuicio de la solución que por vía interpretativa, y con prescindencia de todo negocio entre particulares, debe alcanzarse para determinar la maternidad (BOSSERT y ZANONNI, 2004).

Por otro lado, existe una doctrina que considera inmoral el alquiler de vientre desde el punto de vista de la filiación. BORDA (1993) se hace la pregunta acerca de la procedencia de una demanda por filiación de una madre subrogada que se arrepiente de haberlo hecho y demanda su devolución. Sostiene por un lado que la mujer portadora ya ha cumplido con lo pactado y entonces no puede volver sobre sus propios actos, ergo no tiene acción para reclamar su devolución; por otro lado puede defender su reclamación en el hecho de que la condición de madre es irrenunciable y que tiene acción para recuperar a su hijo (BORDA, 1993).

En la doctrina nacional con respecto a transferencia del embrión al útero de otra mujer, nos encontramos con la opinión de Arturo Yungano, que nos muestra un aspecto histórico de la fertilización, que no por antigua resulta desechable y dice “La vieja regla romana de que el parto sigue al vientre no es así, en este caso, pues el niño

² Art. 953, Cód. Civil.

pertenece a la mujer que le dio el ovulo” (YUNGANO, 2001, pág. 125). A su vez, el citado autor insiste con la necesidad de una regulación clara y objetiva, que abarque las situaciones tanto de la madre subrogante como la madre subrogada, de sus derechos, obligaciones y otras cuestiones técnicas, acerca del tema que nos ocupa.

Del balance de estos argumentos surge la pregunta obligada: ¿Es conveniente prohibir la figura de la gestación por sustitución, declarar la nulidad del convenio y reconocer siempre y en todo caso la maternidad en la gestante, o se debe regular esta figura, y reconocer la filiación de aquel/aquellos que han querido y buscado ese hijo, no obstante cualquier dificultad que se lo impedía? (LAMM, 2012).

CAPITULO II

2.1. El Contrato de Maternidad Subrogada

RUBIO CORREA (1996) entiende que la maternidad por subrogación tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso, en el cual una mujer acepta gestar un niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la que contrata tendrá ese reconocimiento en el futuro; una vez que la madre subrogada da a luz, entrega el niño a aquella que pretende convertirse en madre legal del mismo.

Respecto de la naturaleza de este contrato algunos autores lo consideran un contrato de arrendamiento en el cual se alquila el útero de la mujer y el embrión sería objeto de compra, pues la madre gestante lo entregará a cambio de dinero (MARIN VELEZ, 2005). El citado auto lo compara con un contrato de arrendamiento, el mismo que se efectúa sobre una casa.

Para otro autor, se trata de una modalidad Sui Generis de contratación por la cual se trata de prestar el útero o sustituir la matriz (LLEDO YAGUE, 1987).

VIDAL MARTINEZ (1998) señala que un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, por la cual se entiende a dicho acto jurídico como contraveniente a las buenas costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad. Pero distingue su naturaleza altruista y lo compara con un contrato de comodato, cuando la contratación sea de naturaleza gratuita, será aplicable la figura del comodato, conceptuada ésta en el Artículo 2778 del Código Civil para el Estado de Sonora, que a la letra dice: “El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no consumible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente” (VIDAL MARTINEZ 1998).

En la actualidad lamentablemente se la ha dado un carácter mercantilista, cuyo fin es el lucro, ya que la mayoría de las parejas que acceden a este tipo de contratos lo

hacen a cambio de grandes sumas de dinero. Sin embargo no puede negarse que existen casos donde la maternidad se brinda de forma altruista, cuya única finalidad es ayudar a quienes no pueden convertirse en padres, sin perseguir ganancia alguna (CALDERON BELTRAN, 2008).

VARSİ ROSPIGLIOSI (2001), considera que este pacto es inmoral, un atentado contra el orden público y las buenas costumbres. Entiende que también podría afectar el ordenamiento penal con conductas delictivas como el tráfico de niños y la alteración de la filiación.

Otros autores como SILVA RUIZ (2003), afirman que se protege mejor los intereses de padres y niños si se reconoce este tipo de contratos, ya que aquella mujer que no puede gestar ni parir, si tiene la intención de criar al niño en todo lo que esto conlleva, es decir que si bien no lo gestó desde el primer momento.

Nos inclinamos por considerar más beneficiosa la forma de contratación gratuita, aquella movida solo con fines solidarios, ya que si restringimos el interés del menor a un interés económico, podemos jugar con el estado de necesidad de mujeres que se prestarían a firmar estos contratos sin estar plenamente conscientes de lo que este desprendimiento conlleva.

2.2. Posturas y argumentos en contra y a favor

Una parte de la doctrina se muestra contraria a esta figura (SAMBRIZZI, 2010), argumentando que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse serían nulos, de nulidad absoluta, ya que las personas se encuentran fuera del comercio, y no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, por oponerse esto a su dignidad (BERGER, 2010). Para estos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o,

como consecuencia del turismo reproductivo, que se verá luego, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos, por las mujeres de países del primer mundo (RIVERA, 2007).

Sin perjuicio de que también puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente “desesperados” por tener un hijo. También se argumenta que estos acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino, como consecuencia de los distintos tratamientos, ya sea que se trate de inseminación artificial, FIV, ICSI, u otro tipo de técnica, a los que deberían someterse las mujeres para alcanzar el embarazo (BORDA, 2008).

Se afirma que la lucha de la mujer por no ser apreciada exclusivamente por su capacidad de gestar es ya larga y difícil. Resulta positivo que la Ley impida que se extiendan prácticas que podrían llevarnos a la utilización del cuerpo de la mujer como mero recinto gestador. Sin duda, esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática (GOMEZ SANCHEZ, 1994).

En este sentido, se sostiene que la gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro (VAN NIEKERK, 1995). Esta cosificación, por un lado, atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente. Se afirma que “Es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada”. (GUPTA, 2006, p. 32).

Pero, además, aunque no sea remunerado como se da en el caso de una amiga o pariente, se discute ¿Hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación por sustitución? Por otro

lado, y a su vez, atenta contra la salud física de la mujer, en tanto el procedimiento puede afectar la salud de la gestante; y contra la integridad psíquica de la mujer, en virtud de que las gestantes no pueden, de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz.

Sin perjuicio de lo dicho, se resaltan los posibles menoscabos para los niños que nacen como consecuencia de esta práctica. Se argumenta que ésta puede provocar perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación; por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras materna (HATZIS, 2009). Además, y principalmente, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto (HOOFT, 1999).

Por otro lado, se argumenta que la gestación por sustitución plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto (SOUTO GALVAN, 2005) y suponen muchas veces un fraude a las normas de adopción, llegando a rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la supresión de identidad (NEWMAN, 2010).

Por otro lado, un número cada vez más creciente de doctrinarios entre ellos KEMELMAJER DE CARLUCCI, (2011), HERRERA, (2008) se muestran a favor de la gestación por sustitución sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear. Se argumenta que en la salvaguarda de la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del

matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora (ALBARRAN GARCIA, 2011).

También se apela a la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo (PYTON, 2001).

Se sostiene que si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado (HERRERA, 2008). La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill (MILL, J.S. 1859) que introdujo el “principio del daño”, un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros, conforme se verá luego.

En similar sentido, se afirma que el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral. En cuanto al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer (WERTHEIMER, 1997).

Para algunos, incluso, el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial tampoco justifica que la subrogación deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables (MCLACHLAN, 1991). Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a

la privacidad y autodeterminación y las trata injustamente respecto de las agencias de adopción y clínicas de fertilidad, desde que sí se aceptan pagos a éstas pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses –y más– para traer un niño al mundo (ANDREWS, 1986).

También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio (LAMM, 2012).

Además, porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar, por razones biológicas o médicas, como por ejemplo para los casos de carencia congénita de útero –síndrome de Rokitanski³–. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser (KEEN, 2007).

Así, ante el análisis comparativo de las situaciones se sostiene que la admisión de la gestación por sustitución se presenta como una solución más justa. ¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”? (LAMM, 2012).

En lo que respecta a la adopción, se afirma que la gestación por sustitución se justifica por diferentes razones:

- a) Los arduos y largos procesos para adoptar un niño impulsan a muchas parejas a buscar esta alternativa.
- b) Ha descendido el número de niños dados en adopción.

³ Síndrome de Rokitansky-Küster-Hauser. Enciclopedia Médica virtual.
<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/encyclopedia.html>

c) No es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros (CAMACHO, 2009).

d) La gestación por sustitución permite que al menos un comitente aporte su material genético (VAN BALEN, 1996).

También se argumenta que la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes (VAN DEN AKKER, 2003; HANAFIN, 1987).

Además, se sostiene que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular (RAGONE, 1994). Se han observado una multitud de casos en las clínicas: algunas mujeres sólo se sienten apegadas al niño durante el embarazo, otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su hijo una vez que nace, otras no presentan problemáticas en relación con el embarazo. Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño (POOTE, 2009).

Así, la libertad adquirida ante el conocimiento de que no todas las mujeres se relacionan con los embarazos en la misma forma, llevó a algunas mujeres a actuar como gestantes.

PURDY (1992) cuestiona la imagen de que la maternidad ideal está constituida por una progresión natural del embarazo, el parto y la crianza del niño. En su opinión, este ideal implica una “apelación a la naturaleza que ignora los esfuerzos de las mujeres para trascender la identificación de las mujeres con la naturaleza”. La autora sostiene que siempre habrá mujeres que amen estar embarazadas, pero que no

disfrutan particularmente de la crianza de los hijos, y que sería lamentable que la presión social generada por la “versión idealizada de la maternidad” les impida ser madres a las mujeres infértiles que de otro modo no podrían tener hijos.

Por último, pero no menos importante, se sostiene que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que este nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución (GOLOMBOK, 2001).

Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

2.3. Situación Legal Mundial

Como señala BUENDIA Y BLANCO, (2009), la procreación es una decisión autónoma, perteneciente a la persona individual, sin embargo el Estado no puede quedar al margen, ya que existen intereses que deben protegerse.

Cada país deberá legislar conforme a sus principios, sobre la admisión o prohibición de este tipo de maternidad. Actualmente no son muchas las leyes que exponen el tema, siendo más habituales las recomendaciones, las propuestas legislativas y de ley (GANA, 1998).

Entendemos que se trata de una situación que plantea debates éticos, religiosos, psicológicos, biológicos y jurídicos. En la mayoría de los países se encuentra prohibida, sin embargo en otros está aceptada legalmente, con la diferencia entre subrogación altruista y comercial.

En el derecho comparado se encuentran tres posturas:

1. Prohibición de la gestación por sustitución.
2. Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.
3. Admisión amplia.

2.3.1. Prohibición de la Gestación por Sustitución.

En muchos ordenamientos tales como España, Alemania, Austria, Francia, Italia, Suecia o Suiza, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de la gestación por sustitución (LAMM, 2012).

En España se prohíbe expresamente la gestación por sustitución desde 1988 cuando se aprobó la ley sobre Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (SOUTO, 2006).

El Grupo Parlamentario Socialista presentó un proyecto de ley en 1987, MARTINEZ-PEREDA Y MASSIGOGE, (1994) recogen de este proyecto los puntos más importantes; se prohíbe la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida para la gestación por sustitución; las personas que participen en acuerdos de esta naturaleza serán pasibles de sanciones; y si se llevara a cabo esta práctica y nacieren niños, serán hijos de la gestante sin padre registrado.

En 1986 se creó una Comisión Especial para determinar la regulación de la gestación por sustitución, las medidas adoptadas por este grupo de expertos se encuentran contenidas en la ley de 1988. El informe presentado por esta Comisión, llamado Informe Palacios contiene opiniones de diferentes sectores sociales y se plantean cuestiones de gran trascendencia; como el consentimiento de varón en el caso de gestante casada; el supuesto de enfermedades por defectos del embarazo o

anomalías en el feto; el caso de interrupción del embarazo y/o aborto; renuncia de la madre y demás (SOUTO, 2006).

La Comisión rechaza la gestación por sustitución por razones éticas, y por considerar que la maternidad por subrogación distorsiona la maternidad, deshumanizándola. También por constituir una forma de manipulación del cuerpo femenino (SOUTO, 2006).

En Alemania, el Consejo Médico en conjunto con el Ministerio Federal de Justicia, constituyeron en 1984 una Comisión para analizar los nuevos métodos de reproducción asistida, en el informe se recomiendan la prohibición de este tipo de maternidades por considerarlas un comercio humano ilegal. La ley de protección al embrión de 1990 prevé que el embrión deberá implantarse en el útero de la mujer de la que se ha obtenido el ovulo (MARÍN VÉLEZ, 2005).

En Francia se aplica la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro” (LAMM, 2012).

Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés. En todos los casos, el niño o los niños nacieron en un estado de Estados Unidos, donde la práctica es legal. Fundamentalmente, el Tribunal expuso que de acuerdo a la legislación francesa actual, los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (Art.16-7 y 16-9 del Código Civil).

En Italia, Rige la Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida. Si bien no aborda el tema, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de la dignidad de la persona, de la no patrimonialidad del cuerpo humano y de las cosas fuera del comercio (SCOTTI, 2013).

En Suecia se prohíbe la maternidad subrogada según la ley de 1985, cuando exista remuneración económica; fundando la postura en razón de que los niños no pueden ser objeto de convenios indefendibles éticamente. La ley de fertilización in Vitro de este país n° 711/1984, declara en su Art 2 que la introducción en el útero de la mujer de un embrión fecundado externamente solo se permite si: la mujer es casada con el previo consentimiento del conyugue; y solo si el ovulo es de la mujer e inseminado con espermatozoides del marido (MARTINEZ-PEREDA Y MASSIGOGUE, 1994).

En Suiza, la prohíbe el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal que dice: “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas” y el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida de 1989, reformada en 2006, en todas sus modalidades, tanto a título oneroso como gratuito (LAMM, 2012).

El contrato de maternidad subrogada en Suiza es nulo según el artículo 20 del Código de obligaciones y es considerado contrario al orden público internacional (SCOTTI, 2013).

En nuestro país vecino Uruguay, el Código de la niñez y de la Adolescencia en su Art 135 declara que no será válido el consentimiento expresado con intenciones de entregar el niño por nacer (SCOTTI, 2013).

2.3.2. Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.

En el Reino Unido, los acuerdos de maternidad subrogada son homologables desde 1985, solo si son altruistas, es decir sin fines lucrativos, no se publicitan y se

llevan a cabo sin intervención de agencias. Es importante aclarar que no son ejecutorios y que la madre sustituta será la madre legal, pero la filiación podrá ser modificada a través de una adopción (SCOTTI, 2013).

Una ley posterior de 1990, simplifica la práctica, ya no será necesario pasar por la adopción, solo deberán cumplirse una serie de requisitos: la pareja comitente debe ser casada; uno de sus integrantes debe ser padre del menor; uno de ellos debe estar domiciliado en el Reino Unido; y todos los involucrados deben tener más de 18 años cumplidos de edad (SCOTTI, 2013).

En Canadá, es similar la situación, según la ley de Reproducción Humana Asistida de 2004, se prohíbe cualquier tipo de remuneración por el servicio. Solo será permitida cuando sea sin fines de lucro (BERNAL, 2009).

Israel a partir de la Ley 5746 de 1996, cuenta con uno de los sistemas más sofisticados de acceso a la maternidad subrogada, basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, previa acreditación por un Comité gubernamental que el acuerdo es válido y que las partes cumplen los requisitos subjetivos que fija la ley (SCOTTI, 2013). Las parejas deberán cumplir una serie de requisitos para que el acuerdo sea aprobado: los contratantes deben ser una pareja formada por un hombre y una mujer; justificar la infertilidad de está; los embriones deben provenir del espermatozoides del padre aunque el ovulo puede ser de una donante (LAMM, 2012).

En Grecia, se establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales. El Código Civil en su Art. 1458 dice: “La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que

deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud” (SCOTTI, 2013).

En Brasil, también está permitida, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos similares al resto de las legislaciones que la receptan. Si bien no existe legislación específica, hay resoluciones al respecto. Las clínicas y/o centros pueden llevar a cabo una gestación por sustitución siempre que haya un problema médico que imposibilite la gestación biológica; la característica particular y que es dable resaltar en este ordenamiento, es el parentesco familiar que deben tener la madre subrogada y la madre contratante (MIR, 2012).

2.3.3. Admisión amplia.

En este apartado trataremos de describir la regulación de la Maternidad Subrogada, en aquellos países donde es ampliamente aceptada.

En India la maternidad subrogada está regulada por la “Guía para la Reglamentación de la Reproducción Asistida” de 2010 y por la “Guía Ética para la Investigación Biomédica y la Participación de Seres Humanos” de 2006. Los participantes firman un contrato por el cual se obligan a cumplir las cláusulas libremente hasta el momento del parto; los requisitos específicos para que este sea válido, es el consentimiento de todas las partes afectadas: clínica-pareja-madre subrogante (AMADOR, 2011).

India tiene una particularidad, no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio a través de gestación por sustitución, solo se les extiende un certificado de nacimiento con el nombre del padre que aportó el espermatozoides y como

nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de “apátrida” (SCOTTI, 2013).

En Ucrania, la gestación por sustitución es absolutamente legal según el Código de familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, 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 (LAMM, 2012).

En Rusia, el Código de Familia en su artículo 51, punto 4 establece: “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 gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido”. Las madres gestantes deberán tener entre veinte y treinta y cinco años; tener al menos un hijo propio; gozar de buena salud tanto física como psíquica; y haber otorgado su consentimiento previo (LAMM, 2012).

CAPITULO III

3.1. Reproducción asistida y contexto europeo

Los países de Europa tienen diferente regulación en lo atinente a reproducción asistida, algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Sin embargo, en países como Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia existe una legislación específica sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria (VEGA GUTIERREZ, 2004).

La regulación es la siguiente:

- Suecia: Ley sobre la inseminación artificial (1984) y Ley sobre la fecundación in vitro (1988).
- Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987).
- Noruega: Ley sobre fertilización artificial (1987) y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994).
- España: Ley sobre técnicas de reproducción asistida y Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (1988).
- Alemania: Ley sobre protección del embrión humano (1990).
- Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).
- Francia: Ley relativa al respeto del cuerpo humano y Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

Consideramos de interés recoger los puntos comparativos más relevantes de las distintas legislaciones, que expondremos a continuación.

3.1.1. Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y procedimientos relacionados.

Antes de comenzar a desarrollar el tema es importante saber que se entiende por Técnicas de Reproducción Asistida.

Para MARCÓ Y TARASCO (2001) son aquellas técnicas utilizadas para lograr el nacimiento de un ser vivo, cuando no puede llevarse a cabo vía natural y se dividen en 2 grupos:

1. Técnicas de fecundación intracorpórea o in situ, entre los que están la Inseminación Artificial (IA) y la Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT), entre otras, y,

2. Técnicas de fecundación extracorpórea o in vitro, como lo son la Fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIVET), Transferencia Intratubárica de Cigotos (ZIFT), Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ISCI) y Transferencia Intratubárica de Embriones (TET) , principalmente.

A través de estas técnicas se fecundan un número elevado de óvulos con el fin de garantizar un embarazo, los porcentajes de anidación son muy bajos es por ellos que se hace necesario fecundar varios ovulo que serán utilizados en el caso que fracasen las implantaciones anteriores. Si la implantación resulta exitosa, los embriones restantes serán considerados “sobrantes” o “supernumerarios” y serán congelados para su conservación (MARCÓ Y TARASCO, 2001).

La mayoría de los países legislan sobre la IA y la FIV, aunque Dinamarca no lo mencionan de forma expresa; todos, menos Suecia, sobre la experimentación en embriones humanos; en España se menciona además la GIFT y en Alemania se prohíben las técnicas de micro manipulación con fines experimentales (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.2. Ámbito de aplicación de la Reproducción Asistida.

En Noruega y Suecia las técnicas de RA solo se aplican a matrimonios o parejas heterosexuales estables. En España y Dinamarca, además de lo anterior, pueden acceder también a estas técnicas las mujeres solas. En Francia, el hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de aportar pruebas de una vida en común de al menos dos años. En Inglaterra y Alemania no se pronuncian al respecto (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.3. Inseminación artificial post-mortem.

Las técnicas post-mortem son aquellas llevadas a cabo después del fallecimiento del hombre dueño de los gametos, con los cuales se va a crear el hijo. Son muy cuestionadas éticamente, porque se crea un niño programado de antemano huérfano de padre (RIVERO HERNANDEZ, 1987). La ley española acepta la IA post-mortem siempre que se realice en los 6 meses posteriores al fallecimiento del marido o compañero; siempre que se cuente con el consentimiento de este en escritura pública o testamento. Alemania prohíbe la IA post-mortem de forma expresa y la sueca de forma implícita, ya que el art. 2 de la ley sobre la IA de 1984 dice: "La IA sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio; debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero". La ley francesa es similar a la ley sueca en este punto. El resto de los países no se pronuncian sobre este punto en las leyes (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.4. Donación y crio conservación de gametos

En este punto no existe mayor disonancia ya que la mayoría de los países aceptan la donación de semen, con la salvedad que países como Noruega y Suecia en los casos de FIV, los gametos han de proceder de la propia pareja que se somete a la

técnica. En lo que hace a la crio conservación, España aprueba un período máximo de cinco años e Inglaterra de diez años para mantener el semen. En el informe del Comité sueco sobre la IA se recomienda un período no superior al año (VEGA GUTIERREZ, 2004).

En cuanto al límite de hijos que nazcan por cada donante, Inglaterra se acoge al informe Warnock, que limita el número de las donaciones a diez por donante y en el caso de Dinamarca, a las Recomendaciones del Consejo ético danés, que limita el número de las inseminaciones realizadas por donante pero no especifica la cifra. En Suecia el Comité de 1984 considera que no debe utilizarse el semen de un mismo donante para la procreación de más de seis niños (VEGA GUTIERREZ, 2004).

En el semen donado deben practicarse una serie de estudios, la ley española establece que deberá realizarse despistaje de enfermedades hereditarias o infecciosas transmisibles. En las leyes de Noruega y Suecia se recepta de manera similar, aclarando que es el médico quien debe verificar que el donante no padece enfermedad detectable alguna que entrañe riesgos para la salud de la mujer y del hijo así concebido (VEGA GUTIERREZ, 2004).

El derecho del donante al anonimato es reconocido por la ley española e inglesa, aunque contemplan el acceso del hijo que nazca de semen de donante, a cierta información. España acepta además que excepcionalmente se revele la identidad biológica del donante si existe peligro para la vida del hijo. La ley sueca es la única que no reconoce el derecho al anonimato del donante, por lo tanto reconoce el derecho del hijo nacido por IAD a conocer la identidad de su padre biológico, al alcanzar la mayoría de edad (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.5. Donación y crio preservación de embriones

Noruega, prohíbe de forma expresa la donación de embriones, solo permite su conservación durante un periodo de doce meses y con el fin de ser transferidos. Por otro lado, Inglaterra y Francia, si aceptan la congelación y donación de embriones, siempre que la congelación no supere los cinco años. Alemania y Suecia no se pronuncian.

3.1.6. Experimentación embrionaria

Alemania, Francia, Noruega y Dinamarca prohíben de forma coherente, la experimentación embrionaria en un sentido amplio. España, Inglaterra y Suecia consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día catorce de la fecundación, es por ello que aceptan la experimentación, tanto terapéutica como no terapéutica, en embriones in vitro vivos hasta los catorce días de vida, previo consentimiento de la pareja de la que proceden (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.7. Manipulación genética

En relación con la manipulación genética en embriones humanos, España, Inglaterra y Alemania la prohíben de forma expresa. Suecia se adhiere de manera implícita a esta prohibición en sus recomendaciones. En la ley noruega no se contempla, ya que prohíbe toda experimentación embrionaria (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.8. Maternidad de sustitución

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto que data del año 1985, en ella se condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, es decir, no prohíbe la maternidad de

sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios. La ley alemana prohíbe la maternidad de sustitución, y las leyes noruega y sueca la prohíben de forma implícita. En la ley española se considera nulo el contrato de subrogación, la maternidad queda determinada por el parto (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.9. Desviaciones en el uso de las técnicas de Reproducción Asistida

Se prohíben expresamente la clonación, la creación de híbridos y quimeras, casi de forma unánime en las legislaciones analizadas. Se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido in vitro cuando no exista el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo, en la ley española, alemana y francesa. España prohíbe también la ectogénesis y la transferencia de gametos o embriones humanos en útero de animales o viceversa (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.1.10. Sanciones

Las leyes alemana y noruega contemplan pena de prisión de hasta tres años y multa o prisión no superior a tres meses respectivamente, aplicables a las personas que incumplan la ley. La ley danesa sanciona con pena de multa o prisión la experimentación en embriones humanos y las desviaciones de la FIV. Estas se consideran delito en la ley inglesa. La ley española trata de las infracciones a las desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida, castigándose la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. La ley francesa castiga con penas de siete años de prisión y multa la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales, de investigación o experimentación, así como la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales (VEGA GUTIERREZ, 2004).

3.2. Derecho Internacional Privado

Debemos abordar la problemática desde el Derecho Internacional, desde el punto de vista de la protección de la niñez y el derecho que tiene toda persona de conocer su realidad biológica, tanto como su identidad. Estos son derechos reconocidos en normativas internacionales.

El problema lo representa la ausencia de normativa internacional. La falta de legislación en cuanto a las nuevas técnicas asistidas utilizadas para la concepción como: la inseminación artificial, homologa o heteróloga, y la fecundación extraterina (in vitro), ya sean realizadas dentro o fuera de la institución del matrimonio.

Los avances de la ciencia permiten a parejas que por alguna razón no puedan concebir un hijo en forma natural, someterse a tratamientos artificiales para llegar a tal fin. Esto no presenta un problema mayor. Los problemas surgen cuando se utilizan donantes anónimos, implantación de un ovulo fecundado en el útero de otra mujer, o con el congelamiento o destrucción de embriones.

La inseminación artificial que, como ya dijimos es el método por el cual se implanta semen dentro del útero de una mujer, puede darse de forma:

- Homologa, dentro del matrimonio, donde el semen implantado en la mujer pertenece a su marido. En este caso la ley aplicable será la del primer domicilio conyugal, pero si la cuestión es ajena al matrimonio, se utilizara la ley del domicilio del nacimiento del hijo. (Tratados de Montevideo Art. 16 y 17 de 1989 y Art. 20 y 21 de 1940).
- Heterologa, se llama así a la inseminación artificial realizada con el semen de un donante, ya sea dentro o fuera del matrimonio. En este aspecto no hay legislación aplicable (RAPALLINI, 1998).

Otro problema no resuelto, es el caso de alquiler de vientres, donde se implantan óvulos fecundados en el útero de una mujer distinta. Puede que el ovulo de

la esposa sea fecundado con el espermatozoides del marido e implantado en el útero de otra mujer. Otro supuesto posible es que la mujer portadora también provea el óvulo que es fecundado por el cónyuge de quien pretende alquilar el vientre (RAPALLINI, 1998).

Según el Artículo 953 del Código Civil Argentino, sería un pacto con objeto inmoral, pacto en el cual se arrienda el útero de la mujer, donde se gestará el niño. La mujer renunciaría a sus obligaciones y derechos como madre. Aunque la mujer renuncie el Código Civil en su Artículo 254 establece que la maternidad se determina por el hecho del parto. Al ser un acto jurídico con objeto ilícito, no se le podrá reclamar luego a la mujer que haya dado a luz, daños y perjuicios, siempre y cuando la persona que alquiló su vientre se arrepienta y quiera conservar al menor (RAPALLINI, 1998).

Argentina ha ratificado los tratados de Montevideo, los cuales establecen el procedimiento de ley aplicable al caso de filiación. En el caso que el país en el cual se quiera reclamar una filiación no haya suscripto los tratados, se utilizará para reclamar la filiación las convenciones y tratados internacionales ratificados por Argentina. Introducidos en la Constitución Nacional en la reforma del año 1994 mediante los Artículos 31 y 75 inc. 22, como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (RAPALLINI, 1998).

3.3. El turismo reproductivo

En términos generales, el “turismo reproductivo” puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida (STORROW, 2006). Desde una

institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla.

La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador (FARNÓS AMORÓS, 2010).

El “turismo reproductivo” es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo. Es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio (LAMM, 2012).

Los términos “Baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio. Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, otros ven esta práctica como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres (COHEN, 2006).

El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar el niño a “casa”, es decir a su Estado de residencia. Una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres y se

procura la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o se demanda una acción judicial- administrativa para reconocer el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño (LAMM, 2012).

Las legislaciones de India, Rusia y Ucrania consideran padres a los comitentes, pero no otorgan nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio. Por lo tanto, los comitentes al momento de volver a su país no pueden obtener pasaporte o documento de viaje para el niño. Tienen que solicitar un pasaporte ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, y por diversas razones están denegados. Como consecuencia de esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta. El niño se encuentra en un limbo jurídico y “atascado” en estos Estados (Ucrania, India, etc.) y los comitentes, no pueden permanecer allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración (LAMM, 2012).

En el derecho comparado, un caso muy conocido fue X & Y (FOREIGN SURROGACY, 2009) .Se trata de matrimonio inglés que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer casada de Ucrania, utilizando óvulos de donante y esperma del comitente. De conformidad con la Ley de Ucrania, padres son los comitentes, y ellos constan en el certificado de nacimiento. De conformidad con la Ley inglesa, los niños eran hijos de la mujer que dio a luz y su marido, debido a que la filiación se transmite una vez tramitada la orden parental. Este conflicto entre la ley ucraniana y la inglesa condujo a que los niños se queden sin filiación legal y sin nacionalidad. Conforme las leyes de Ucrania, no se permitió a los niños obtener la nacionalidad ni la residencia ucraniana. Mediante un certificado de ADN, en el que se probó que el material genético correspondía al comitente, fueron autorizados a entrar en el Reino Unido para que los comitentes soliciten ante los tribunales ingleses la parental orden, que estableciera la filiación en su favor. Afortunadamente, la orden

parental finalmente se les concedió sobre la base del interés superior del niño. Se tuvo principalmente en cuenta que la negativa a otorgar esa orden conduciría a que los niños no sólo no tengan padres legales, sino que además serían apátridas (LAMM, 2012).

En el derecho comparado encontramos una sentencia de 2009, que reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido. Los hermanos, nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro italiano como hijos de la gestante y el padre biológico. Solo en 2007 como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano. El tribunal accedió a la rectificación. Los argumentos sumarios fueron, que la gestación por sustitución no era contraria al orden público internacional. Parece que en su interpretación del orden público internacional italiano influyó decisivamente que la gestación por sustitución estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea. El orden público debe valorarse no en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y que, en el caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros (CAMPIGLIO, 2009).

Otro caso resonante, es el de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010. Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica, que tiene gemelos en California mediante un contrato de Maternidad Subrogada. Una vez en Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El Tribunal de Primera Instancia de Huy, denegó la transcripción sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden público interno. Puso énfasis en que estos contratos violan la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada

por la de la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010. La Corte distinguió entre el que era el padre biológico de las gemelas y el que no lo era. Conforme la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro hombre, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal con el niño. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público. Sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños, por lo que reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación (LAMM, 2012).

En Francia nos encontramos con el caso del matrimonio Mennesson. Estos, celebran en California un contrato de “gestación por sustitución”. La madre subrogada se obliga a dar a luz al hijo de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. La Corte Suprema de California confiere la calidad de padres a los esposos franceses. Cuando nacen las gemelas, se las inscribe como hijas del matrimonio. Solicita al consulado de Francia en Los Ángeles, la transcripción de las actas. El pedido es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una gestación por sustitución. Finalmente, las actas son transcriptas sobre los registros de estado civil de Nantes en noviembre de 2002. El ministerio Fiscal pide su anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París, rechaza la acción de nulidad interpuesta por el Ministerio Fiscal. Se invoca entre otras cosas, el interés superior del niño. La decisión fue recurrida ante la Corte de Casación. El 18 de marzo de 2010, este nuevo tribunal estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés. Se ordena su anulación. Ante esta resolución, los esposos Mennesson aducen que la

decisión que reconoce la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución como hijo de una pareja no es contraria al Orden Publico Internacional francés. Afirman, que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño. La Corte de Casación confirmó la sentencia de 2010. Justifica el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento, en la vulneración del Orden Publico Internacional francés. Se considera que la anulación no priva a los niños de su filiación materna y paterna reconocida por el derecho californiano, ni les impide vivir con los esposos Menneson en Francia. Por lo tanto, no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores (LAMM, 2012).

3.4. El caso Baby M

El diario El país de enero de 1987, llenaba sus páginas con esta resonante noticia: “Dos mujeres se disputan ante los tribunales la maternidad de un bebé gestado bajo contrato”

Un emocionante juicio se lleva a cabo en un Tribunal de Nueva Jersey, para decidir de quién es un bebé de nueve meses nacido de una madre alquilada.

Una mujer alquilo el útero de otra por 10.000 dólares, con el compromiso que gestara para ella un bebé, producido por inseminación artificial, con el semen de su marido y luego del nacimiento se lo entregara. En este caso se enfrentan dos mujeres, por la maternidad de una niña a la que su madre biológica llama Sara, y su madre legal, Melissa. Ante el tribunal, el bebé será Baby M. (Diario El País, enero 1987)

El juez de Nueva Jersey tendrá que decidir sobre el contrato de arrendamiento maternal que Beth Whitehead, un ama de casa de 29 años, estableció con el matrimonio Stern, compuesto por Elisabeth, una pediatra de 41 años, y William, un

bioquímico, que deseaban un hijo pero que no querían arriesgarse debido a un principio de esclerosis múltiple que sufría Elisabeth.

El 6 de febrero de 1985, se celebra un contrato entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, con el objeto de facilitar al señor Stern y su infértil esposa, que no es parte contractual, la procreación de una criatura que esté biológicamente relacionada con este último (SILVA RUIZ, 1987).

Mary Beth Whitehead, madre subrogada, y su esposo Richard Whitehead se obligan a no establecer ni intentar establecer, una relación paterno filial con la criatura y de conformidad con este acuerdo renunciarán y entregarán su custodia a Stern, padre natural, inmediatamente luego del nacimiento; y concluirán todos sus derechos filiales con dicha criatura. Richard reconoce que realizará todos los actos necesarios para impugnar y/o desconocer la presunción de paternidad de la criatura que pudiera nacer.

Stern, padre biológico, acuerda con Mary Beth Whitehead, que ella será inseminada artificialmente por un médico, con su semen y que gestará el embrión/feto hasta el parto. Por este contrato los esposos Whitehead reciben la suma de 10000 dólares, más todos los gastos de salud, que serán cubiertos por Stern (SILVA RUIZ, 1987).

El 27 de marzo de 1986, nació una criatura que fue inscrita por el matrimonio Whitehead como hija biológica con el nombre de Elizabeth. Tres días después del nacimiento Beth sorprendió a los Stern al decirles, que no sabía si iba a poder entregar a la niña; pero al fin la madre biológica, gestante y jurídica, entregó a la recién nacida a los esposos, los cuales la llaman Melissa.

Beth no aceptó el dinero en el momento del parto, ni quiso firmar la concesión de custodia a favor de los Stern. Al día siguiente de la entrega, visitó a estos y, ante una crisis emocional por la cual atravesaba, el matrimonio dejó que se lleve al bebé

por una semana; pero transcurren cuatro largos y angustiosos meses. Una batalla legal se desata entre ambas familias, que comprende desde la huida de Beth con la bebe, hasta la utilización de FBI para recuperarla (SILVA RUIZ, 1987).

Las partes acuden a la justicia ordinaria para resolver sobre la validez del acuerdo, el juez Harvey Sorkow se enfrenta a la decisión de adjudicar el bebé a su madre biológica o a su madre legal, sin pautas legales a las cuales acogerse; el viejo aforismo del derecho romano *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta) parece quebrarse ante este caso.

Este contrato no tiene apoyo legal, y el juicio establecerá un importante precedente sobre si el pacto es o no vinculante para las partes, el juez Sorkow actúa ante un vacío jurídico y pesa sobre sus hombros ser el primer magistrado de Estados Unidos que debe hacer cumplir un contrato de alquiler maternal.

El tribunal inferior resuelve que el contrato de maternidad subrogada era válido. Ya que las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos fueron escritos. Las promesas fueron mutuas, el hombre dio su semen; la mujer dio su óvulo en un esfuerzo planificado por crear un niño. El tribunal otorga la guarda al señor Stern y la posibilidad a su esposa de adoptar a la pequeña; esto gracias a la renuncia realizada por Beth a sus derechos filiales y a su custodia.

Por el contrario, el Tribunal Supremo estatal, revocó la decisión emitida en Primera instancia y pronunció la nulidad del contrato por ser contraria con la legislación y la política pública estatal vigentes, determinó su invalidez e inexigibilidad. A juicio del alto tribunal, uno de los fines principales del contrato de maternidad subrogada es lograr la adopción de un niño, a través de gestiones de una agencia privada. El uso de dinero para lograr ese propósito es ilegal, ya que se entiende que el dinero fue pagado por el matrimonio Stern para lograr una adopción y

no, como argumentaban ellos, por los servicios personales de Mary Beth Whitehead, dice el tribunal (SILVA RUIZ, 1987).

La renuncia de la señora Whitehead a todos sus derechos filiales fue realizada según el tribunal para facilitar la adopción por parte de la señora Stern de la bebe y la ausencia de esta, como parte contractual, tiene como fin evadir el posible argumento de que se estaba comprando un niño, acto prohibido por la ley (SILVA RUIZ, 1987).

En consecuencia, se declaró que la madre subrogada, biológica y gestante, es la madre legal de la criatura. La adopción de baby M por la señora Stern, posibilitada por el fallo del tribunal inferior declarando válida la renuncia de todo derecho materno-filial por la madre subrogada Whitehead, es declarada inválida e ineficaz (SILVA RUIZ, 1987) .

Al haberse decidido que el contrato de subrogación es ilegal y no ejecutable, este tribunal debe ahora resolver la cuestión de la guarda de la niña, pero sin tener en cuenta las disposiciones del contrato de subrogación que darían al Sr. Stern la custodia única y permanente; ello sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta.

Según la Ley de Paternidad los derechos del padre natural y de la madre natural son de igual entidad, es decir, ninguno de ellos es preferente sobre el otro porque sea el padre o la madre. La regla aplicable en esas circunstancias es clara: el mejor interés del niño es determinante para señalar la custodia (SILVA RUIZ, 1987).

Por todo lo expuesto, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que, con independencia de que sea coincidente con la del Tribunal de instancia, la protección del interés de Melisa, demanda que se conceda a los Stern la guarda de la niña, con el permiso a Beth para que la viera dos horas dos veces por semana (SILVA RUIZ, 1987).

CAPITULO IV

4.1. La Situación en Argentina

Argentina, hasta el momento, carece de ley que regule la gestación por sustitución. El proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial contiene artículos que podrían servir de base para su regulación.

Lo cierto es que en la práctica, esta se realiza, aunque mediante subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos. Si la gestante es soltera se la implanta o insemina con semen del comitente. Una vez nacido el niño, el comitente lo reconoce y tiempo más tarde, la esposa del comitente petitiona la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la gestante es casada también se recurre a la adopción de integración. El marido de la gestante previamente deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad. Este deberá alegar no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del hombre que ha reconocido al niño, petitiona la adopción de integración. Ambos casos importan una burla a los procedimientos de adopción. Configurando un verdadero fraude a la ley (LAMM, 2012).

Otro supuesto, es que los comitentes no aporten material genético. En este caso una vez nacido el niño el matrimonio solicita la adopción conjunta. En tanto quien lo gestó y parió ya se lo entregó en forma directa. El derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante, sin embargo, varias decisiones judiciales con fundamento en el interés del niño, han convalidado esa elección cuando se ha acreditado un fuerte vínculo afectivo (LAMM, 2012).

4.2. Derecho Internacional Argentino

Argentina no tiene disposiciones sobre filiación internacional tanto en el orden interno como en el orden convencional.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 como el de 1940 contiene reglas de conflicto en materia de filiación como los siguientes artículos.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889:

Artículo 16: *“La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.”*

Es decir que la validez del matrimonio resulta, en este supuesto, una cuestión previa, incidental o preliminar con respecto a la validez de la filiación o legitimación.

Artículo 17: *“Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.”*

Artículo 18: *“Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.”*

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce las mismas soluciones en los artículos 20, 21 y 22 que no se adaptan a las nuevas realidades ni a las normas protectoras de los derechos humanos de los niños (SCOTTI, 2013).

Como podemos observar estas normas no se ocupan de los nuevos problemas, por el contrario son poco contemporáneas, y propias de un contexto donde se distinguían los efectos de la filiación matrimonial de la extramatrimonial. Ante este vacío legal, debemos aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación, en resguardo del interés del niño (SCOTTI, 2013).

El 14 de mayo de 2003, la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado presento al Ministro de Justicia, Seguridad y

Derechos Humanos el Proyecto del Código de Derecho Internacional Privado. En su artículo 113 establece: *“La existencia, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual del hijo, del progenitor de que se trate, o del lugar de celebración del matrimonio, el que fuere más favorable al vínculo”* (SCOTTI, 2013).

El reciente proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2012, incluye normas de Derecho Internacional Privado sobre Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 2632 dispone que: *“El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.”*

Según el artículo 2633 *“Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto...”*. El artículo 2634 dice: *“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños. Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a*

los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

Hay una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. Siempre que sea compatible con los principios de orden público de nuestro país. Especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto (SCOTTI, 2013).

4.3. Jurisprudencia Argentina

Recientemente, nos encontramos con un fallo dictado por un juzgado contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires el 22 de marzo de 2012. Se trata de una pareja conformada por dos hombres, que ya convivían desde el año 2000. Tras la sanción de la Ley 26.618 deciden contraer matrimonio. En 2011 recurren a la gestación por sustitución en la India. La embajada argentina en India, le comunica al matrimonio que no es posible inscribir una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre. La ley 26.413 en su artículo 36 impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres, salvo que se trate de un hijo extramatrimonial. El matrimonio presentó un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Embajada de Argentina en la India, otorgue la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o co-paternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio. En marzo de 2012 se hizo lugar al amparo incoado, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño/a en favor de ambos integrantes de la pareja. Fundaron

su decisión en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad, el interés superior del niño. El 31 de julio de 2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto el primer hijo Tobías, de dos papás en el Registro Civil porteño (SCOTTI, 2013).

Por otro lado, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana. La niña nació en mayo de 2012. Su madre argentina y su padre español, ambos residentes en Madrid. Nació en la India por medio del alquiler de un vientre. Ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida “autosatisfactiva”, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña. El contrato de subrogación firmado por las partes establecía como padre a González, fuente de los espermatozoides que fecundaron el óvulo, y como madre a su esposa Elsa. Este contrato era válido en India pero no en España, donde la maternidad subrogada se encuentra prohibida. Argentina no regula la práctica, es decir que no la acepta pero tampoco la prohíbe. Las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada. La embajada argentina había rechazado, en un primer momento, la solicitud al alegar que la mujer no tenía residencia en el país (SCOTTI, 2013).

Sin perjuicio del caso de gestación por sustitución internacional ya analizado, nos encontramos con una sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, del 14 de abril de 2010. En este caso la mujer que aportó el material genético era también quien tenía la voluntad pro creacional. Se planteó entonces la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz, por no ser ella

la titular del material genético femenino utilizado. En la partida de nacimiento aparecía como madre legal la que lo había dado a luz. El Juez de primera instancia declaró inoponible la demanda, en tanto negó legitimación a la actora. Fundó su decisión en el artículo 262 del Código Civil argentino, que dispone que la acción intentada por la madre sólo es procedente cuando alega sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo. La actora apeló. Calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales. La cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el artículo 261 del Código Civil prima el vínculo biológico de la filiación, tanto es así que el texto sólo requiere “no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”, objetivo puesto de manifiesto en el sistema creado por la ley 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el artículo 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse. En ese marco, el artículo 262, faculta para impugnar la maternidad a “todo tercero que invoque un interés legítimo” y precisamente, la amplitud de los legitimados activos consagrada responde a “la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico”, con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre, impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el artículo 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el artículo 261 del mismo cuerpo legal. Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto (LAMM, 2012).

4.4. Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina

La reproducción asistida consta de una serie de técnicas destinadas a tratar problemas médicos, como la infertilidad, pero estas no solo benefician a pacientes infértiles sino también a la sociedad en general, ya que ofrecen la posibilidad de evitar alteraciones genéticas en la descendencia y desarrollar la investigación en reproducción y anticoncepción.

Dados los aspectos éticos, morales y legales de las TRA, se hace necesaria la elaboración de un Código de Ética, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) se avocó a esta tarea. A continuación expresaremos algunas de las disposiciones contenidas.

Las técnicas de reproducción asistida se aplicaran a personas mayores de edad. Que deseen tener un hijo, siempre que medie un consentimiento previo. Tienen que recibir información suficiente para entender la naturaleza, el propósito y las implicancias de su tratamiento/procedimiento.

El profesional médico que llevará adelante estas técnicas debe actuar siempre conforme a las leyes y los reglamentos vigentes, así como a las normas éticas y profesionales. Por su parte, los pacientes tienen derecho al respeto del secreto y de la vida privada.

La investigación en reproducción asistida debe respetar estrictamente las guías éticas mundiales vigentes y el acuerdo por escrito de los participantes. Sólo es aceptable la investigación en aquellos embriones que no sean viables. Se considera embrión no viable a aquel que queda detenido en cultivo in vitro luego de un período de tiempo adecuado o cuando se diagnostica como claramente no viable para la implantación según el diagnóstico genético preimplantacional.

La crío preservación de gametos y embriones, ha contribuido de manera significativa a mejorar la eficiencia de los procedimientos de reproducción asistida y a preservar la fertilidad, en pacientes en riesgo de perderla. Sin embargo, también ha llevado a la acumulación de embriones congelados para parejas o personas que, por circunstancias diversas no desean un embarazo. Esto plantea dilemas de orden económico, el costo de la conservación prolongada, y de orden ético, el destino de los embriones no deseados, aún no resueltos.

La subrogación comercial no es éticamente aceptable, por lo tanto, los centros de reproducción asistida y/o profesionales no deben intervenir cuando hay un arreglo económico de por medio. Sólo en casos excepcionales se podrá considerar la subrogación altruista por los centros de reproducción asistida y/o profesionales, cuando exista una clara y documentada indicación médica, cuando se haya realizado una correcta evaluación psicológica y social del caso, cuando exista un claro entendimiento de las implicancias médicas, éticas, sociales y legales. (CODIGO DE ETICA EN REPRODUCCION ASISTIDA, 2011/2012)

4.5. Derecho y realidad. Necesidad de regulación

De todo lo dicho se desprende la necesidad de regulación de esta práctica. Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice. Por el contrario se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos. Estos podrían evitarse con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Una eficaz regulación puede ser un instrumento para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres”. En el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación de las mujeres

sólo puede evitarse, con una regulación que controle y limite esta práctica (LAMM, 2012).

La falta de regulación deriva en tres problemas específicos, sin perjuicio de encontrarse muchos más.

1. Fomentan el “turismo reproductivo”. Las parejas con recursos económicos siempre tienen la oportunidad, no sin inconvenientes, como se vio, de ir a los países donde la gestación por sustitución está permitida, mientras que las parejas más pobres no tienen esta opción. La realidad es que pese al vacío legal, las personas recurren a este procedimiento en los países donde está permitido, por lo que además, el sistema jurídico debería otorgar respuesta frente a la solicitud de inscripción de ese nacimiento producido en el extranjero (LLOVERAS y MIGNON, 2011).

2. En Argentina se permite recurrir a la donación de ovocitos, de modo que se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios, por lo que habría que considerar la posibilidad de permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero. Desde un punto de vista médico, son muchas las demandas existentes hoy en día (LAMM, 2012).

3. La gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio, aunque sólo de uno de ellos, por lo que conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación, éste se convierte en un argumento más a favor de la legalización y regulación de estos convenios, especialmente luego de la sanción de la ley 26.618 que además permite la adopción. La regulación se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño (SHIFFRIN, 1999).

Sin perjuicio de lo dicho en el apartado segundo, cabe tener en cuenta que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió. En supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados es, una regulación que impida su conculcación (ALVAREZ GONZALES, 2010).

Coincido con VAN NIEKERK Y VAN ZYL, (1995) quienes afirman que la gestación por sustitución no necesariamente importa una cosificación o degradación del niño, y que es más probable que la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución resulte en un daño sustancial para este.

Muchas feministas, como ANDREWS Y PURDY (1992) han acogido con satisfacción los acuerdos de subrogación como una forma de ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas distintas. Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. La biología no debería determinar el destino.

En último término, la anulación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres (DOLGIN, 1997).

4.6. Hacia una Regulación

Según la Real Academia Española (Edición 2001) la palabra “subrogado” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona”. Esta definición no alcanza a cubrir el horizonte que se abre con las prácticas de reproducción humana asistida. Subrogación nos rememora a la idea de sustitución, ya sea de una cosa o

persona por otra, así como también a la transmisión de las obligaciones. Un ejemplo de subrogación es cuando se sustituye un acreedor por otro, algo que no sucede con la maternidad subrogada, ya que la mujer que “contrata” no puede ser sustituida por otra mujer “contratante” (PERLO, 2012).

En Argentina, tratamientos de fertilidad e inseminación artificial se practican desde hace décadas. Contamos con clínicas de fertilidad actualizadas y equipadas con tecnología avanzada, pero no existe un marco regulatorio de estas prácticas (VIDELA, 2007).

Los anuncios en la prensa argentina e internet, muestran cómo cada vez más mujeres ofrecen su cuerpo para gestar un hijo ajeno. Están dispuestas a alquilar su vientre a cambio de dinero que les permita mantener a sus hijos o conseguir una casa para poder criarlos en condiciones dignas. Estos anuncios se encuentran catalogados junto a anuncios de alquiler de viviendas, es aquí cuando uno comprende el concepto de una “ética locataria” (VIDELA, 2007).

Como antecedentes de proyectos de legislación sobre maternidad subrogada, podemos citar uno de la legislatura de Santa Fe sobre “Maternidad Gestacional Subrogada”, presentado por el diputado Alberto Monti. Este propiciaba un procedimiento ágil. No se establecía la creación de autoridad competente ni registro alguno. El proceso se basaba en un acuerdo entre privados patrocinados por abogados. Si en el instrumento de subrogación gestacional se contemplaba el pago de una compensación a la madre sustituta gestacional, la misma debía depositarse en un banco oficial a su nombre antes del comienzo de cualquier procedimiento médico. La paternidad y maternidad de quienes subrogaren debían demostrarse con el contrato firmado por todas las partes y notificado al Registro Nacional de las Personas para registrar la filiación. La madre gestacional sustituta tenía que haber dado a luz al

menos un hijo antes de consentir este acuerdo. En caso de estar casada debía quedar asentado el consentimiento de su cónyuge. Ella debía ser evaluada clínica y psicológicamente. El o los padres subrogantes debían contribuir con al menos uno de los gametos resultantes en un pre-embrión que la sustituta gestacional tenía que intentar llevar a término. Este proyecto preveía la regulación de la maternidad gestacional subrogada con objetividad, sin prejuicios. Teniendo como pilares la voluntad pro-creacional y la oportunidad que la ciencia presta (PERLO, 2012).

Otro proyecto presentado por el diputado neuquino Hugo Nelson Prieto, fue en el 2011 al Congreso de la Nación. Lo denominó “Régimen de Maternidad Subrogada”. En éste, se trataban el tema de la autoridad de aplicación de la ley. La creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada. La manera de instrumentarla. Los requisitos que debía reunir la mujer gestante y los comitentes. Los profesionales médicos intervinientes. Y todo lo relativo a la donación de óvulos, espermatozoides y las prohibiciones establecidas (PERLO, 2012).

La madre gestante debía tener una edad comprendida entre los dieciocho y treinta y cinco años y no ser la donante del óvulo que originara el niño por nacer. Debía ser plenamente capaz y hallarse inscripta en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada. En lo referente a los subrogantes, el texto indicaba que debían ser mayores de edad y en caso de ser dos, uno de ellos debía tener una edad máxima de 50 años. Debían tener una residencia mínima de tres años en el país. Ser plenamente capaces. Solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad (PERLO, 2012).

Los médicos intervinientes sólo podrían realizar el procedimiento contra presentación de un Instrumento de la Maternidad Subrogada redactado y homologado. Se prohibían expresamente la gestación en mujeres en coma o en animales. Se

prohibía también la crío-conservación que no se hallare dirigida a la reproducción humana y la clonación. Este proyecto al no mencionar expresamente el sexo de pertenencia de los subrogantes, parecería indicar que el mismo se hallaba abierto a parejas de igual o distinto sexo. No contenía mención alguna para la mujer gestante (PERLO, 2012).

4.7. Proyecto en el Código Civil

El viernes 8 de junio de 2012 se presentó ante el Senado de la Nación el proyecto de Código Civil y Comercial elevado por el Poder Ejecutivo Nacional y elaborado por una Comisión nombrada por Decreto 191/2011 (LAFFERRIERE, 2013). Analizaremos a continuación los artículos más resonantes en la temática que estamos investigando:

El proyecto describe el comienzo de la persona humana en su ARTÍCULO 19: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*. La Doctora MARTINAZZO (2013) critica este artículo, debido a la injusta discriminación entre los embriones según el modo de concepción. Los primeros adquieren el “status de persona humana” desde la concepción, en tanto los segundos, recién en el momento de la implantación en el útero materno. La discriminación contenida en la norma es contraria a principios constitucionales, y a los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional. El artículo 16 dice que “todas las personas son iguales ante la ley” (MARTINAZZO, 2013).

En lo referente a filiación dice el ARTICULO 558: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”*.

En el supuesto de reproducción a través de técnicas asistidas, la característica positiva y relevante es el consentimiento previo e informado. El ARTICULO 560 dice: *“El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones...”* *“El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”*. Se critica, de este artículo la excepción, ya que se permitirá la revocación del consentimiento en dos supuestos diferentes. Mientras no se haya producido la concepción, lo que es correcto y no merece objeción. Mientras no se haya producido la implantación en el útero materno”, lo que es éticamente incorrecto. Al hablar de implantación, se supone que ya existe previamente “un embrión humano” concebido, el que aún no ha sido implantado. Si el acto de revocación se produce en este preciso momento del proceso de fecundación asistida, este microscópico ser humano, estará destinado a la crió-conservación, al congelamiento (MARTINAZZO, 2013).

Por otro lado se habla de voluntad pro-creacional, es decir la voluntad de los comitentes o contratantes por sobre el hecho médico biológico de la gestación de la vida humana. Dice el ARTÍCULO 561: *“Los hijos nacidos de una mujer por las*

técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”

La práctica conocida como alquiler de vientres, se legaliza bajo el nombre “gestación por sustitución”. Se desconoce el vínculo fundamental entre madre e hijo en la gestación y se determina la paternidad a través del consentimiento y la voluntad pro-creacional. El nuevo ARTÍCULO 562 dispone: *“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:*

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Nuestra legislación a través de este artículo pretende dar un marco legal. Regular la práctica y darle un carácter altruista, gratuito y bondadoso. En otras legislaciones como India por ejemplo, la madre sustituta cobra sumas de dinero elevadísimas, pero debe firmar contratos que contienen cláusulas abusivas para ella. Debe aceptar el aborto en el caso de embarazos múltiples o en el supuesto caso de padecer algún accidente que haga peligrar su vida, los médicos deberán tratar de mantenerla con vida hasta que el feto sea viable, siendo prioritario salvar la vida del bebé a expensas de la vida de la madre (MARTINAZZO, 2013).

El nuevo código también legaliza la posibilidad de concebir un hijo luego del fallecimiento de una persona, de tal manera que es una persona gestada deliberadamente como huérfana. El ARTÍCULO 563 dice: *“En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) La concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.”

Las técnicas de fertilización “post-mortem” se utilizan para procrear un hijo después del fallecimiento del padre o madre del cual provienen los gametos o el embrión (MARTINAZZO, 2013).

4.8. Análisis del artículo

a) Sistema

Se regula un sistema que requiere una intervención judicial previa. Los médicos no podrán proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo. En este proceso judicial previo van a intervenir varios especialistas para poder realizar un abordaje complejo acorde con el que la situación plantea (LAMM, 2012).

b) Filiación

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determina sobre la base de la voluntad pro-creacional. El artículo exige el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación.

Cabe resaltar que el artículo no solo demanda el consentimiento de él o los comitentes, sino también de la gestante. Este consentimiento previo, informado y libre supone un acuerdo voluntario, por lo que no hay por qué hablar de explotación (LAMM, 2012).

Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial y reemplaza al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de técnicas de reproducción asistida. Si se cumplen los requisitos previstos legalmente, el juez deberá

homologar el acuerdo. Este consentimiento debidamente homologado, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes deberán presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido. Si el juez no homologa o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establece que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño (LAMM, 2012).

c) Comitentes

Permite acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales. También las personas solas. Cabe tener en cuenta que en el derecho argentino, las personas solas pueden adoptar según los requisitos establecidos en el Artículo 317 del Código Civil. Por ende como no han fracasado ni han habido mayores perjuicios en las adopciones monoparentales respecto de las adopciones por cónyuges o parejas de hecho, nada indica que pueda haberlos en el supuesto que se trata (LAMM, 2012).

d) Requisitos para la homologación judicial

Sin perjuicio de los demás requisitos a preverse en la ley especial que debe dictarse para reglamentar y complementar lo dispuesto en el proyecto, el juez solo puede proceder a la homologación si se cumplen los siguientes requisitos:

1) Si se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer.

El interés superior del niño es la cuestión principal a tener en cuenta a efectos de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución. El juez siempre podría denegar la autorización si considera que no redundará en el mejor interés del niño por nacer.

2) La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.

Este requisito se exige a los efectos de garantizar que el consentimiento emana de una mujer competente y que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante.

3) Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético.

La posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución debería estar condicionada a que el origen de los gametos, o al menos uno (semen u óvulo), provenga de la pareja comitente.

4) El o los comitentes deben poseer incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo.

Esto es así, porque la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo. Este requisito restringe las posibilidades de recurrir a la gestación por sustitución a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo. De esta manera, se previene que aquellas mujeres que médicamente son capaces de tener hijos, depositen o deleguen las barreras e incomodidades del embarazo en otra mujer por su propio confort. En doctrina se la conoce como subrogación social. Es la forma de gestación por sustitución en la que una mujer que es capaz de gestar, decide que otra mujer lleve adelante la gestación de su hijo por razones estéticas o de confort (LAMM, 2012).

Una mujer no está obligada a tener un hijo y puede decidir no hacerlo, pero ¿Puede ella legítimamente transferir el riesgo a otra mujer, sobre todo si esto implica recurrir a la gestación por sustitución sin razones médicas? (REILLY, 2007).

5) Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional.

La gestante sólo debe aportar la gestación más no sus óvulos. Se considera que la posterior entrega es más fácil para la gestante que no está relacionada genéticamente con el niño siendo esta la tendencia en el derecho comparado, a los efectos de evitar conflictos (CUSSINS, 1998).

6) El contrato, en principio, debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista.

La gestante no puede recibir retribución, lo que no impide que sí pueda ser compensada. La ley especial deberá determinar el contenido de esta compensación luego de un debate ético y responsable, que contemple todos los aspectos en juego.

En el derecho comparado se encuentran distintas respuestas. En algunos casos, el monto o los rubros que comprende esta compensación están indefinidos como por ejemplo, en el Reino Unido. En otros se incluyen gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales por ejemplo, en Australia, Grecia, Nueva Zelanda y Sudáfrica. En Grecia también se comprende “la pérdida de ingresos” (LAMM, 2012).

La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los pre-acuerdos de subrogación autorice pagos mensuales a la gestante en compensación por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus gastos. La Ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité (LAMM, 2012).

7) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.

Este requisito fue copiado de la ley de México DF, a los efectos de evitar abusos y que mujeres se conviertan en “máquinas productoras de hijos ajenos” (LAMM, 2012).

8) La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.

Este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño. Además, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo (LAMM, 2012).

e) Revelación del origen

Así como sucede en la adopción, los comitentes deben comprometerse a que revelarán a su hijo que, éste ha sido concebido gracias a la ayuda de la gestación por sustitución. Además, y para el supuesto que los comitentes no cumplan con este compromiso una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, podrá acceder al expediente que deberá conservarse por el organismo judicial (LAMM, 2012).

La cuestión relativa al secreto de los orígenes y al anonimato adquiere dimensiones particulares en los casos de gestación por sustitución, ya que está basado en un acuerdo entre las partes. Una gestante puede acabar interviniendo en la vida familiar. Hay casos documentados en los que la gestante se ha mantenido en contacto, principalmente con los padres, pero a veces también con los niños que la ven como una niñera (LAMM, 2012).

En el año 2003 se realizó un estudio en Inglaterra con 42 parejas, que como consecuencia de haber acudido a la gestación por sustitución, tenían un niño de un año de edad. De acuerdo con el estudio el 91% de las madres y el 93% de los padres vieron a la gestante al menos una vez después del nacimiento. La gestante vio de nuevo al niño en el 76% de los casos. Alrededor del 60% de las parejas continua viendo la gestante un par de veces al año y en la mayoría de los casos la relación parece ser armoniosa. Entre los casos en los que la gestante ha visto al niño 92% de las madres y el 90% de los padres ven la participación de la gestante en la vida del niño de manera positiva (MACCALLUM, 2003).

CONCLUSION

Una de las primeras observaciones que este tema nos arroja, es la novedad que representa para la mayoría de los individuos el instituto de la maternidad por subrogación. Antiguamente las parejas que decidían ser padres, se embarcaban en la búsqueda de un hijo y cuando la naturaleza les negaba tal opción se acudía a la adopción. Era impensado hablar de técnicas humanas de reproducción asistida y menos aún hablar de alquiler de vientres.

Es fuerte el impacto que pueden recibir las estructuras del pensamiento sobre lo que conocemos como las funciones maternas. La revisión de estos capítulos nos deja con la impresión de que los avances científicos modifican de forma importante lo que “naturalmente” sabíamos, lo que concebíamos como principios irrefutables. Esto se fundamenta en la propagación de una concepción completa y cerrada del mundo, en la que no cabe nada nuevo.

La gestación por subrogación es la practica por la cual una mujer accede a gestar en su vientre, durante nueve meses un bebe de una pareja que no puede hacerlo. A cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos.

Nace como una técnica de reproducción asistida, mediante la fecundación in Vitro para solucionar los problemas relacionados con la esterilidad. Mediante este método han nacido millones de niños en el mundo, algunos legalmente, otras clandestinamente.

La discusión no pesa sobre el avance de la ciencia, sino sobre su uso en determinados casos como el que nos ocupa. La maternidad subrogada es beneficiosa para un sinnúmero de personas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad aunque para otras esta práctica es contraria al orden público, la moral y las buenas costumbres.

Numerosas legislaciones del mundo se han pronunciado al respecto, algunas aceptando tal práctica, otras prohibiéndolas pero lo cierto es que un vacío legal afecta nuestro país. Dentro del ordenamiento jurídico argentino, no existe una regulación que acoja esta práctica o la prohíba, lo que hace aún más difícil tratar este tema. Una luz de esperanza aparece con el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

El comercio clandestino de bebés, la utilización de la mujer pobre por la rica, el mercado del cuerpo humano, son prácticas que podríamos erradicar si nuestra legislación previera la maternidad por subrogación, con todo lo que esto conlleva.

En lo atinente a la postura expresada a favor o en contra de esta práctica, nuestro criterio es positivo. Estamos ante un caso de necesidad fundamental en materia personal, el fin mismo de un matrimonio es la procreación y la descendencia; no podemos negar desde nuestra legislación la posibilidad de tener un hijo biológico. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son la forma de acceder a filiación biológica, y siempre que estas se encuentren enmarcadas en una legislación no deberían constituir un problema mayor.

Cierto es que ante cada reforma social o personal y con el ingreso de nuevas figuras a nuestra cotidianidad, una catarata de preguntas y planteos comienza a generarse. La sociedad entra en pánico creyendo que se verán desmoronadas las figuras de la familia tradicional, la maternidad entendida como tal. Lo cierto es que nada de esto ocurre y debemos estar a los avances de la ciencia. Tenemos miedo a que los conceptos, ideas o modelos ya concebidos y que forman parte de nuestra vida puedan ser desmoronados por unos nuevos. Deberíamos ser capaces de saber aceptar, a pesar del miedo, los nuevos cambios, estas nuevas ideas o conceptos.

La ciencia avanza a pasos agigantados. Nosotros no debemos estancarnos, estar inertes, sin abrir caminos a otras posibilidades, aceptando aquello que ha sido pensado por otros como una verdad universal. Debemos avanzar como sociedad, romper modelos. ¿Quiénes somos nosotros para cerrar la posibilidad de mejoras a las futuras generaciones? Nos sentimos cómodos con aquello en lo que se basa nuestra vida, lo que nos da seguridad. Ante lo desconocido nos inhibimos, pero los modelos y teorías no son eternos y siempre surge un nuevo paradigma.

Existe una creciente concienciación de que, en una sociedad liberal, la gente debería elegir dentro de sus posibilidades la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir. No deberían ser penalizados, siéndoles denegado el acceso a los fondos y recursos de la sanidad pública, por elegir alternativas al formato de familia tradicional. Siempre que esto no implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño recién nacido.

Desde su punto de vista, esto es una consecuencia inevitable de vivir en una sociedad liberal democrática que tolera la pluralidad de lo que Stuart Mill (1859) llama “experimentos con la vida”. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos, o a la mujer implicada y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla (CHARLESWORTH, 1996).

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, lo mejor a nuestro entender, la solución más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular.

El derecho es evolutivo. Una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente, pero nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.

Como sostiene MILL (1859) “No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto”

Como ya dijimos, un intento de regulación nace con el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. El texto original presentado por la Corte Suprema de Justicia al Ejecutivo en 2012, contenía como vimos en el trabajo, artículos que trataban la gestación por sustitución y la fecundación post mortem. Al cerrar este trabajo nos encontramos con la novedad, que estos artículos fueron eliminados del Proyecto de Reforma por el Congreso.

La influencia de la Iglesia Católica tiene fuerte connotación en cuanto a la no regulación de estos temas “polémicos”. La Conferencia Episcopal Argentina, en su 103° Asamblea de Abril de 2012, hizo reflexiones y aportes a los temas vinculados a la reforma del Código. En la misma se sostuvo que la gestación por sustitución es agravante a la dignidad de la mujer y de los niños. Y agrega que esta regulación no surge de un reclamo social, ni es coincidente con nuestros principios, valores y costumbres⁴.

Se tuvo en cuenta también para desechar este artículo, que si bien el texto original preveía la gratuidad del servicio, en la práctica iba a acontecer que mujeres en

⁴ Extraído de <http://www.aica.org/documentos-s-Q29uZmVyZW5jaWEgRXBpc2NvcGFsIEFyZ2VudGluYQ==>-861 el 18/12/2013

condiciones económicas desfavorables se prestasen a ofrecer su vientre por dinero, lo que implicaría una situación de explotación.

A nuestro entender, el artículo que regulaba la practica era muy restrictivo, llegando al punto de limitar el número de tratamientos. Pero era un puntapié inicial para controlar. Y así resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s.

Consideramos que el silencio no evita que algo suceda. Y regular implica controlar y así se puede brindar un mínimo de protección a la mujer que gesta, el niño que nace y el de aquellos que prestan su voluntad pro creacional para ese nacimiento, es decir, quienes quieren ser padres. El silencio en cambio propicia los abusos y que no se vea resguardado el interés superior del niño.

Si bien como dijimos el artículo era restrictivo, pensamos que aquí se encontraba el verdadero control para impedir abusos.

Tal vez no es el momento para regularla, pero el debate está instalado. La deuda queda pendiente.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010), “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, pp. 339–377.

ALBARRÁN GARCÍA, R. (2011), *La relación entre filiación biológica y filiación jurídica: supuestos relevantes de su quiebra*, Tesis doctoral inédita, Sevilla.

ANDREWS, L. B. (1986), “My body, my property”, *Hastings Center Report*, Vol. 16º, núm. 5, pp. 28–38.

BERGER, S. M. (2010), *Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito*, La Ley, Actualidad, Buenos Aires.

BELLUSCIO, C. (2002), “Manual de Derecho de Familia”, Astrea, Buenos Aires.

BORDA, G. A. (2008), *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires.

BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. (1985), *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires.

CAMACHO, J. M. (2009), *Maternidad subrogada: una práctica moralmente Aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, disponible en: www.fundacionforo.com, compulsado el 27-08-2013.

CAMPIGLIO, C. (2009), “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, pp. 589-604.

MIR CANDAL, L. (2010), “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Red bioética/UNESCO*, Vol. 1º, núm. 1, julio 2010, pp. 174-188.

CALDERON BELTRAN, J. (2008), La naturaleza jurídica de la Maternidad Subrogada, Escribiendo Derecho Weblog. Disponible en:

<http://escribiendoderecho.blogspot.com.ar/2008/12/la-naturaleza-jurdica-de-la-maternidad.html>. Compulsado el 21-11-2013.

CHARLESWORTH, J. (1996), La bioética en una sociedad liberal, Cambridge University Press. Cambridge.

CODIGO DE ETICA EN REPRODUCCION ASISTIDA, SAMeR. 2011/2012
http://www.samer.org.ar/docs/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf compulsado el 19/11/2013.

COHEN, J. (2006), "Le tourisme procréatif: un pis-aller", Gynécologie Obstétrique & Fertilité, Vol. 34°, núm. 10, pp. 881-882.

CUSSINS, C. (1998), "Quit Sniveling, Cryo-Baby, We'll Work Out Which One's Your Mama!" en DAVIS-FLOYD, R. y DUMIT, J. (Eds.) Cyborg Babies: From Techno-Sex to Techno-Tots, Routledge, New York, pp. 40-66.

DOLGIN, J. L. (1997), Defining the Family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age, New York University Press, New York and London.

FAMÁ, M. V. (2011), "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", La Ley, Buenos Aires, pp. 1204-1225.

FARNÓS AMORÓS, E. (2010), "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", InDret 1/2010, (www.indret.com), pp. 1-25.

GOLOMBOK, S. y MURRAY, C. (2004), "Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life", Fertility and Sterility, Vol. 80°, Supl. 3, pp. 50-63.

GOLOMBOK, S. y MCCALLUM & GOODMAN, E. (2001), "The test-tube generation: parent-child relationships and the psychological well being of IVF children at adolescence", *Child Development*, Vol. 72º, núm. 2, pp. 599-608.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

GONZALES MERLO, J. (2008), "Historia de las Cátedras de Obstetricia y Ginecología de Barcelona". Ergón, Madrid.

GROSSMAN, J. L. (2010), "Time to Revisit Baby M."? A New jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part two", *Find Law*, disponible en www.writ.lp.findlaw.com.

GUPTA, J. A. (2006), "Towards Transnational Feminisms: Some Reflections and Concerns in Relation to the Globalization of Reproductive Technologies", *European Journal of Women's Studies*, Vol. 13º, Issue: 1, pp. 23-38

HANAFIN, H. (1987), "Surrogate parenting: reassessing human bonding", texto presentado ante la American Psychological Association Convention, Nueva York, disponible en: www.claradoc.gpa.free.fr, compulsado el 12-02-2013.

HATZIS, A. N. (2009), "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49º, núm. 3, pp. 205-220.

HERRERA, M. (2008), "Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI", en FERREIRA BASTO, E. y DIAS, M. B. (Eds.) *A familia além dos mitos, Aspectos do Direito de Família nacional e internacional*. Porto Alegre: Editora Del Rey, (recopilación de todas las disertaciones esgrimidas en el I Congresso Internacional de Direito de Família, Brasília, 17 al 19 de noviembre de 2006), pp. 151-200.

KEEN, J. (2007), “Surrogate relishes unique role”, USA Today, compulsado el 12-07-2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E. (2011), “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, Revista La Ley, pp. 1–19.

LAMM, E. (2011), “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, Revista de Derecho de Familia, núm. 50, julio 2011, pp. 107-132.

LLEDO YAGUE, G. (1987) “La genética actual y el derecho de familia” Revista Tapia, Numero 47.

LOPEZ FAUGIER, I. (2005) “La prueba científica de la filiación”, Perrúa, México.

LLOVERAS, N. y MIGNON, M. B. (2011), “La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil”, Jurisprudencia Argentina, Vol. 3º, núm. 7, pp. 3-20.

MARCÓ, J. Y TARASCO, M. (2001), “Diez temas de reproducción asistida”, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, pp. 20-33.

MAZZINGHI, J. (1999), “Derecho de familia” VOL 4, Astrea, Buenos Aires.

MCLACHLAN, H. V. y SWALES, J. K. (1991), “Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts”, Law and Contemporary Problems, Vol. 72º, pp. 91-107.

MARÍN VÉLEZ, G. (2005) “El Arrendamiento de Vientre en Colombia”, Universidad de Medellín.

MARTINAZZO, E. (2013) “Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida” Ponencia: “Reforma del Código Civil”.

- MARTINEZ- PEREDA RODRIGUEZ, J. (1994) “La Maternidad Portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”, Dykinson, Madrid.
- MÉNDEZ COSTA, M. J. y D’ANTONIO, D. H. (2001), “Derecho de familia”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- MILL, J. S. (1859), On liberty, Parker, London.
- NEWMAN, A. (2010), “What Happens When Surrogacy Meets Abortion?” RH Reality Check, 7-10-2010, compulsado el 20-08-2013.
- PERLO, E. (2012) “Maternidad Subrogada: La Identidad del Niño Nacido”
- POOTE, A. E. y VAN DEN AKKER, O. B. A. (2009), “British women's attitudes to surrogacy”, Human Reproduction, Vol. 24°, núm.1, pp. 139-145.
- PURDY, L. M. (1992), “Another look at contract pregnancy”, en HOLMES, H. B. (Ed.) Issues in reproductive technology: An anthology, Garland Publishing, New York & London.
- PYTON, E. (2001), “Is surrogate motherhood moral?” The Humanist, Vol. 61, núm. 5.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, InDret 3/2009, (www.indret.com), pp. 1-42.
- RAGONE, H. (1994), Surrogate motherhood: conception in the heart, Oxford Westview Press, San Francisco.
- RAPALLINI, L. (1998), Temática de derecho internacional privado. Lex. 3° edición La Plata- Buenos Aires 1998.
- REILLY, D. (2007), “Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers”, Canadian Medical Association Journal, Vol. 176°, núm. 4, pp. 483-485.

- RIVERA, J. C. (2007), *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- RIVERO HERNANDEZ, F. (1987) “La fecundación artificial postmortem” en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, pág. 41.
- RUBIO CORREA, M. (1996) “Reproducción Humana Asistida y Derecho”. Fondo Editorial de PUCP.
- SAMBRIZZI, E. A. (2010), “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad Subrogada”, *La Ley online*.
- SCOTTI, L. (2013) “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. *Revista Pensar en Derecho* N°1, Buenos Aires, pp. 267-289: 345.
- SHALEV, C. (2011), “Israel”, en MONÉGER, F. (Dir.) *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, Paris, pp. 179–192.
- SHIFFRIN, S. V. (1999), “Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm”, *Legal Theory*, Vol. 5º, pp. 117–148.
- SILVA-RUIZ, P. (1987), “Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente”. Universidad de Puerto Rico, publicado en *Boletín* (nº 1.447 de 25 de febrero de 1.987).
- SOUTO GALVÁN, B. (2005), “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 1, pp. 275-292
- VAN BALEN, F., VERDURMEN, J. Y KETTING, E. (1996), “Choices and motivations of infertile couples”, *Patient Education and Counseling*, Vol. 31º, núm. 1, pp. 19-27.

VAN DEN AKKER, O. B. A. (2003), “Genetic and gestational surrogate mothers’ experience of surrogacy”, *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Vol. 21º, núm. 2, pp. 145-161.

VAN NIEKERK, A. Y VAN ZYL, L. (1995), “The ethics of surrogacy: women's reproductive labour”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 21, pp. 345-349.

VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2001) “Derecho genético”. Cuarta Edición, Grijley, Lima.

VEGA GUTIERREZ, J. (2004) “La ley española de reproducción asistida y el contexto europeo”, Conferencia pronunciada en el Simposium sobre el Embrión humano: cuestiones éticas y jurídicas. Fundación Ramón Areces. Madrid, 7 de noviembre de 2000.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012), “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7815, Año XXXIII, pp. 1-12.

VIDAL MARTÍNEZ, J. (1998) “Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, Granada.

WERTHEIMER, A. (1997), “Exploitation and commercial surrogacy”, *Denver University Law Review*, núm. 74, pp. 1215–1229.

ANEXO

Ley nacional de fertilización humana asistida

Título Primero

Disposiciones Generales

Artículo 1: La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular la utilización y el acceso de las personas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 2: Toda persona capaz, mayor de edad, puede someterse al uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, habiendo previamente prestado su consentimiento informado, de acuerdo a los términos de la Ley 26.529 – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud- o la que en el futuro la reemplace.

El consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe protocolizarse ante escribano público o ante funcionario público dependiente del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las Técnicas permitidas.

Artículo 3: A los efectos de la presente Ley, se entiende por Técnicas de Reproducción Humana Asistida los tratamientos o procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidos la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y de cigotos, sin exclusión de las nuevas técnicas desarrolladas mediante avances técnicos científicos, cuando ellas sean autorizadas por la Autoridad de Aplicación.

Título II

Condiciones Particulares

Capítulo I

Del uso de gametos para las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Artículo 4: Las personas que se sometan a Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueden aportar su propio material genético y el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros.

Capítulo II

Del aporte de material genético de terceros.

Artículo 5: Las mujeres que se constituyan en aportantes de gametos para terceros deben ser capaces, mayores de 21 años, y menores de 35 años.

Los hombres que se constituyan en aportantes de gametos para terceros deben ser capaces, mayores de 21 años y menores de 40 años.

Artículos 6: Para constituirse como aportante de gametos para terceros, se deberá previamente realizar un estudio clínico sujeto a un protocolo que establezca la Autoridad de Aplicación, en el cual se deje constancia que el aportante no padece enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles, así como cualquier otro dato que resulte de relevancia médica.

Capítulo III

Del Convenio

Artículo 7: El aporte de gametos para terceros se debe formalizar mediante un convenio escrito con el Centro Médico autorizado, en el que se deje constancia expresa de la declaración de voluntad suficiente efectuada por el aportante, emitida luego de haber sido informado sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos.

Artículo 8: El aportante de gametos para terceros puede rescindir el convenio celebrado con el Centro Médico autorizado, a condición de que sus gametos se encuentren disponibles por no haber sido utilizados para la consecución de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo descartarse la muestra de gametos, sin ninguna consecuencia jurídica para el aportante.

En caso de infertilidad o esterilidad sobreviniente del aportante, este podrá solicitar al Centro Médico receptor la entrega de la muestra de gametos para ser utilizado en su propio beneficio, siempre que se encuentre disponible.

Capítulo IV

Límites al aporte de gametos para terceros. Condiciones. Confidencialidad.

Artículo 9: Quienes se constituyan en aportantes de gametos para terceros podrán hacerlo en una sola oportunidad en un único Centro Médico autorizado. El material genético de un mismo aportante sólo podrá ser utilizado para realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida a las que se someta una misma persona o pareja.

Previo a la realización de los estudios clínicos a que refiere el Artículo 6, el Centro Médico autorizado deberá realizar una consulta con el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, que se crea por el Artículo 28 de esta Ley, a los efectos de constatar que la persona que pretende constituirse como aportante no haya aportado sus gametos de forma previa en otro Centro Médico autorizado.

Artículo 10: El aporte de gametos para terceros reviste carácter anónimo y confidencial. Los Centros Médicos autorizados deberán elaborar un legajo con los datos de identidad del o la aportante, incluyendo la información de carácter médico que surja del estudio clínico a que refiere el artículo 6, dejando constancia de los antecedentes clínicos familiares que, bajo el modo de declaración jurada, informe el o la aportante.

El legajo del o la aportante reviste carácter confidencial. Este legajo podrá confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en el mismo, debiendo adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad y confidencialidad. El Centro Médico autorizado debe conservar el Legajo por un período de treinta (30) años.

Del legajo se remitirá copia en soporte magnético al Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, observando lo dispuesto en el Artículo 28 de esta Ley.

El Centro Médico autorizado no podrá, en ningún caso, revelar a la persona o pareja beneficiaria de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida la identidad del aportante de los gametos.

Capítulo V

De las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Artículo 11: El Centro Médico autorizado interviniente en la Técnica de Reproducción Humana Asistida podrá inseminar el número de ovocitos que considere pertinente de acuerdo a las circunstancias particulares de la paciente. También prevalecerá el criterio médico en el caso de transferencia intratubárica de gametos o de cigotos.

En el caso de transferencia de embriones, se deberán implantar todos los embriones que se hubieren conformado que revistan el carácter de viables, luego de realizar el diagnóstico genético preimplantatorio.

Título III

Crioconservación de gametos. Regulación

Capítulo I

Del Método y el Plazo

Artículo 12: Los gametos deberán conservarse únicamente en los Centros Médicos autorizados, mediante las técnicas existentes o las que permitan en el futuro los avances técnicos científicos, previa homologación de la Autoridad de Aplicación.

Artículo 13: En los Centros Médicos autorizados sólo podrán conservarse gametos femeninos -ovocitos- y gametos masculinos – espermatozoides-. A partir de la sanción de la presente ley se prohíbe la crio conservación de embriones humanos.

Artículo 14: Cuando se trate de gametos aportados por terceros, transcurridos cinco (5) años desde el momento en que se haya realizado el aporte sin que mediare rescisión del contrato o requerimiento del material genético por parte del o la aportante en los términos del Artículo 8 de esta Ley, y no hubiesen sido utilizados para efectuar Técnicas de Reproducción Humana Asistida, deberán ser descartados.

Artículo 15: En caso de crio conservación de gametos obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, transcurridos cinco (5) años desde la obtención del material genético, deberá ser descartado.

Exceptúese de lo previsto en el párrafo anterior a aquellas personas o parejas beneficiarias de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crio conservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. El plazo es prorrogable por dos (2) años. A su vencimiento, si la persona o la pareja no hubiesen utilizado sus gametos, deberán ser descartados.

Capítulo II

De la donación de gametos

Artículo 16: En los casos de personas o parejas que se hubieren sometido a un procedimiento de extracción de gametos para luego dar inicio a la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero que luego de ello decidieren no efectuarla, podrán donar sus gametos a los Centros Médicos autorizados, siempre que cumplieren con el requisito previsto en el Artículo 5 de esta Ley.

Las personas o parejas que donaren sus gametos en los términos del párrafo anterior quedarán sometidas al mismo régimen de los aportantes de gametos para terceros.

Capítulo III

Prohibición

Artículo 17: A partir de la sanción de la presente Ley, se prohíbe:

- a. La comercialización de embriones
- b. La comercialización de gametos crio conservados
- c. La utilización de embriones para la experimentación.

Exceptúese de lo previsto en el inciso c) de este artículo las técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantatorio, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar.

Título IV

De la Filiación

Capítulo I

Principios Generales

Artículo 18: Las personas nacidas mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida son hijos de la mujer que los diera a luz y del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, independientemente de

que los gametos hayan sido aportados por terceros, debiendo hacer constar dicha circunstancia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Artículos 19: Las personas nacidas mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la utilización de gametos aportados por terceros, en ningún caso podrán reclamar a los aportantes derechos vinculados a la filiación, no generándose vínculo jurídico alguno entre ellos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Los aportantes de gametos para terceros en ningún caso podrán reclamar derechos vinculados a la filiación respecto de los nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la utilización de gametos aportados por ellos.

Artículo 20: La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida con gametos aportados por un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. En ningún caso podrá revelarse la identidad del aportante.

Capítulo II

Presunción de Filiación

Artículo 21: Cuando se produzca la muerte del o la cónyuge, o conviviente, o pareja de la mujer que da a luz, no existe vínculo filial entre los nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la persona fallecida, si el procedimiento para la consecución del embarazo no fue iniciado antes de que ocurra la muerte.

Exceptúese de lo dispuesto en el párrafo anterior cuando:

a. La persona fallecida ha otorgado su consentimiento previo, informado y libre protocolizado ante escribano público; o mediante testamento ha declarado de modo expreso que se dé inicio al procedimiento de fertilización por Técnicas de

Reproducción Humana Asistida mediante la utilización de sus gametos después del fallecimiento.

b. El inicio del procedimiento mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con resultados exitosos, se produce dentro del año siguiente al deceso.

Artículo 22: Salvo prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento, siempre que él o la cónyuge hubiere prestado su consentimiento previo, informado y libre.

Capítulo III

Determinación de la Filiación. Acciones de reclamación e impugnación de estado.

Artículo 23: La filiación matrimonial y extramatrimonial en casos de hijos nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida queda determinada legalmente y se prueba por el consentimiento previo, informado y libre otorgado por los beneficiarios de tales Técnicas, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Artículo 24: Los hijos nacidos mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ni los terceros, pueden invocar la falta de vínculo genético para impugnar la maternidad o paternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre por parte de los beneficiarios de tales Técnicas.

Artículo 25: El o la cónyuge de la mujer que da a luz habiendo concebido mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no puede impugnar ni negar

judicialmente la filiación presumida por esta ley, si ha otorgado su consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Título V

Autoridad de Aplicación

Capítulo I

De la Autoridad de Aplicación

Artículo 26: El Ministerio de Salud de la Nación será Autoridad de Aplicación de la presente Ley.

Artículo 27: El Ministerio de Salud de la Nación llevará a cabo campañas de difusión sobre cuidados de la fertilidad, brindando información sobre la prevención de infecciones y control de enfermedades que puedan afectarla, y la utilización de métodos anticonceptivos adecuados.

Capítulo II

Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos

Artículo 28: Créase en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, que tendrá a su cargo las siguientes funciones:

- a. Otorgar autorización para llevar a cabo Técnicas de Reproducción Humana Asistida a los Centros Médicos que lo soliciten, cuando cumplan los requisitos mínimos que establezca la Autoridad de Aplicación. Quedan incluidos en el concepto de Centros Médicos los Bancos Receptores de Gametos.
- b. Mantener actualizada la nómina de Centros Médicos autorizados para llevar a cabo Técnicas de Reproducción Humana Asistida, excluyendo aquéllos que hayan sido sancionados con suspensión o clausura del establecimiento.

c. Establecer y mantener actualizado diariamente el listado de personas que se hayan constituido en aportantes de gametos para terceros, mediante la información que deben remitir los Centros Médicos autorizados. El listado podrá confeccionarse en soporte magnético, conforme lo establezca la Autoridad de Aplicación.

d. Evacuar, en forma expedita, la consulta que le realicen los Centros Médicos autorizados, respecto de la aptitud de las personas que quieran constituirse como aportantes de gametos para terceros, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 9 de la presente Ley.

e. Confeccionar un legajo personal por cada aportante de gametos para terceros, respetando el principio de confidencialidad, que se elaborará con la información que deberán remitir los Centros Médicos autorizados, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 10 de la presente ley. El mismo contendrá la siguiente información:

1. Identificación del aportante, acreditada mediante copia de documento de identidad;
2. Copia del convenio celebrado con el Centro Médico autorizado;
3. Copia de los estudios clínicos realizados y toda otra información médica relevante;
4. Fecha en que se realizó el depósito del material genético;
5. Destino del material genético, debiendo quedar registrada la persona que resultó beneficiaria de los gametos; y en caso de que resultare un procedimiento exitoso, se deberá proceder a la anotación del parto, identificando la o las personas nacidas;
6. Descarte del material genético conforme lo dispuesto en el Artículo 14 de ésta Ley;
7. Toda otra información que resulte de utilidad a criterio de la Autoridad de Aplicación;

El legajo podrá confeccionarse en soporte magnético, siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en el mismo. A tal fin, debe

adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad y confidencialidad (FAMA, 2009).

El legajo deberá ser conservado por el Registro por un período de cincuenta (50) años.

f. Excluir del Registro a los aportantes de gametos para terceros que hayan rescindido el convenio celebrado con los Centros Médicos autorizados, conforme lo previsto en el Artículo 8 de la presente Ley.

g. Toda otra función que le encomiende la Autoridad de Aplicación.

Capítulo III

De las obligaciones de los Centros Médicos Autorizados

Artículo 29: Todos los Centros Médicos autorizados para la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y crio conservación de gametos, deberán informar a la Autoridad de Aplicación, en forma anual, conforme lo establezca la reglamentación:

- a. Cantidad de procedimientos realizados, especificando las Técnicas utilizadas;
- b. Tasa de fertilización;
- c. Tasa de embarazos y de embarazos múltiples;
- d. Tasa de partos pre término;
- e. Tasa de aborto espontáneo;
- f. Embarazo ectópico y otras complicaciones;
- g. Cantidad de embriones transferidos por ciclo y por pareja;
- h. Cantidad de embriones transferidos en total;
- i. Cantidad y tipo de gametos conservados;
- j. Toda otra información que la Autoridad de Aplicación considere necesaria y oportuna;

En la primera oportunidad que se produzca la remisión de la información dispuesta en este artículo, los Centros Médicos autorizados deberán informar sobre la cantidad de embriones crio conservados y el plazo por el cual se ha extendido su conservación.

Capítulo IV

Del acceso a la información clínica

Artículo 30: La persona nacida mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con el aporte de gametos de terceros, personalmente o a través de sus representantes legales si fuere menor de edad o declarado incapaz en juicio, cuando exista un riesgo para la salud o la vida, podrá solicitar al Centro Médico autorizado que hubiere realizado la Técnica, que se contacte con el o los aportantes de gametos, a los fines de obtener su consentimiento para tener acceso a los datos clínicos que consten en el legajo. En ningún caso podrá ser revelada la identidad del o los aportantes.

En caso de que el o los aportantes de gametos para terceros hubieren fallecido, el consentimiento a que refiere el párrafo anterior podrá ser solicitado a los ascendientes, descendientes o cónyuge supérstite. En ningún caso podrá ser revelada su identidad.

El o los aportantes de gametos o sus ascendientes, descendientes, o cónyuge supérstite, podrán rehusarse sin consecuencia jurídica alguna. Si acceden a colaborar, su consentimiento deberá ser otorgado por escrito ante el Centro Médico autorizado.

Habiendo cumplido dicha formalidad, el Centro Médico podrá entregar a los solicitantes únicamente la información de carácter médico, excluyendo aquéllos datos que pudieren revelar la identidad del o los aportantes, de los ascendientes, descendientes o cónyuge supérstite.

Artículo 31: La persona nacida mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con el aporte de gametos de terceros, personalmente o a través de sus representantes legales si fuere menor de edad o declarado incapaz en juicio, podrá requerir

judicialmente, por razones debidamente fundadas, que se revelen los datos y antecedentes clínicos del o de los aportantes de material genético, cuando la instancia de colaboración prevista en el Artículo 30 hubiere resultado infructuosa. El requerimiento deberá tramitar por el procedimiento más breve que prevea la ley local. La autoridad judicial deberá evaluar, asesorada por expertos, si la apertura del legajo del o de los aportantes de gametos, sin revelar su identidad, resulta necesario para salvaguardar la salud o la vida del nacido. Si lo considera conveniente, ordenará que el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos remita toda la información clínica que se hubiese incluido en el legajo del o de los aportantes. En caso de que también se hubiese requerido que se revele la identidad del o de los aportantes de gametos, a los efectos de solicitar su colaboración por existir riesgo para la salud o la vida del nacido, la autoridad judicial, asesorada por expertos, deberá evaluar la conveniencia de convocar al o a los aportantes a una audiencia privada. Si la autoridad judicial lo estima oportuno, ordenará que el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos le remita la información que conste en el legajo del o de los aportantes de gametos que resulte imprescindible para dar con el paradero y convocar a una audiencia privada. Esta información deberá mantenerse reservada en los estrados judiciales, y el requirente no podrá tener conocimiento de la misma.

En la audiencia privada, de la que no tendrá participación ni conocimiento el requirente, la autoridad judicial pondrá en conocimiento del o de los aportantes de gametos la situación clínica del nacido. El o los aportantes podrán rehusarse a colaborar, sin consecuencias jurídicas. Si acceden a colaborar, la autoridad judicial deberá comunicárselo de inmediato al requirente.

Título VI

De la Cobertura Médico Asistencial

Capítulo I

Principios generales

Artículo 32: El Sistema Público de Salud, las Obras Sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico y tratamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuando:

- a. Se trate de matrimonios, convivientes o parejas, en las que la mujer que vaya a someterse al procedimiento tenga entre treinta (30) y cuarenta y cinco (45) años de edad.
- b. Tener diez (10) años de residencia mínima en el país, que deberá ser acreditada conforme lo determine la Autoridad de Aplicación.
- c. Ninguno de los cónyuges, convivientes o miembros de la pareja hubiere sido declarado incapaz mediante sentencia judicial firme.

En caso de que alguno o ambos cónyuges, convivientes o miembros de la pareja, tuvieren diagnosticada esterilidad o infertilidad, previo a realizar el procedimiento de fertilización, deberán haberse descartado otras medidas terapéuticas de menor complejidad por resultar inadecuadas o ineficaces.

Quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), su diagnóstico, tratamiento y cobertura de medicamentos con el alcance y de acuerdo a las modalidades que establezca la reglamentación.

Se debe garantizar a tales afiliados o beneficiarios el acceso, como mínimo, a un tratamiento de alta complejidad por año.

Luego de haber realizado tres (3) procedimientos sin haber logrado la procreación de un hijo, se requerirá que la mujer adjunte el dictamen de tres (3) especialistas médicos aconsejando la realización de una nueva Técnica de Reproducción Humana Asistida para obtener la cobertura médico – asistencial que por esta Ley se garantiza.

Artículo 33: El Sistema Público de Salud deberá otorgar la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico y tratamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico-asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida que se realicen a través de la cobertura que brinde el Sistema Público de Salud, deberán llevarse a cabo prioritariamente en Hospitales y Centros Médicos de carácter Público.

Título VII

De las infracciones y sanciones

Capítulo I

De las infracciones

Artículo 34: Constituyen infracciones a la presente Ley las siguientes conductas:

a. Emplear Técnicas de Reproducción Humana Asistida a una persona incumpliendo los requisitos dispuestos en el Artículo 2 de la presente ley;

- b. Omitir el deber de informar a los beneficiarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida acerca de los riesgos, posibles resultados y cualquier otra información relevante que determine la Autoridad de Aplicación;
- c. Omitir el deber de informar a los aportantes de gametos para terceros sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos;
- d. No solicitar el otorgamiento del consentimiento previo, informado y libre a las personas beneficiarias de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y a los aportantes de gametos para terceros;
- e. Proceder a la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida pese a la revocación del consentimiento del beneficiario, o de su cónyuge, conviviente o pareja, o de ambos;
- f. Proceder al uso de los gametos aportados por terceros pese a haberse rescindido el convenio entre el Centro Médico autorizado y el aportante, en los términos previstos en el Artículo 8 de la presente Ley;
- g. No descartar el material genético transcurridos los plazos previstos en la presente Ley;
- h. Practicar Técnicas de Reproducción Humana Asistida no homologadas por la Autoridad de Aplicación;
- i. Incumplir con los estudios clínicos previstos en el protocolo que establezca la Autoridad de Aplicación;
- j. Incumplir el deber de confidencialidad respecto de los datos de carácter personal de los aportantes de gametos para terceros;
- k. Incumplir las prohibiciones previstas en el Artículo 13 y 17 de la presente Ley;
- l. Omitir la remisión de información que requiera la Autoridad de Aplicación;

- m. Omitir la remisión de información que requiera el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, y del legajo personal de los aportantes de gametos para terceros;
- n. Omitir la consulta previa y obligatoria con el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, conforme lo dispuesto en el Artículo 9 y el Artículo 28, inciso d), de la presente Ley;
- o. Realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Centros Médicos que no hayan sido autorizados y no se encuentren inscriptos en el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos;
- h. Realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Centros Médicos que hayan sido sancionados con suspensión o clausura del establecimiento;
- p. Incumplir con la cobertura integral prevista en el Artículo 32 de la presente Ley;

Capítulo II

De las Sanciones

Artículo 35: Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder, el Ministerio de Salud de la Nación, en su carácter de Autoridad de Aplicación, es competente para aplicar las sanciones administrativas para los casos de comisión de las infracciones previstas en el Artículo 34 y por incumplimiento de las demás obligaciones que se establecen en la presente Ley.

Artículo 36: Las sanciones que debe aplicar la Autoridad de Aplicación se deben graduar teniendo en consideración:

- a. Los riesgos para la salud de las personas beneficiarias de Técnicas de Reproducción Humana Asistida;
- b. El perjuicio generado a las personas beneficiarias de Técnicas de Reproducción Humana Asistida o a los aportantes de gametos para terceros;

c. El importe del eventual beneficio pecuniario obtenido por la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida;

d. La gravedad del hecho;

e. La reiteración de las conductas en infracción a la presente Ley;

Artículo 37: Las infracciones a la presente ley, serán sancionadas con:

a. Apercibimiento;

b. Multa, de un mínimo de tres (3) y hasta un máximo de veinte (20) salarios equivalentes al sueldo básico de un juez federal de primera instancia, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la reiteración de las conductas en infracción a la presente Ley.

c. Publicación de la resolución que dispone la sanción en un medio de difusión masivo, conforme lo determine la reglamentación;

d. Suspensión de la inscripción del Centro Médico en el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos dispuesto en el Artículo 28 de esta Ley, por el término de hasta un (1) año;

e. Clausura del establecimiento de uno (1) a cinco (5) años;

Artículo 38: La Autoridad de Aplicación deberá establecer el procedimiento administrativo a aplicar para la investigación de presuntas infracciones, asegurando el derecho de defensa del presunto infractor y demás garantías constitucionales. Queda facultada a promover la coordinación de esta función con las jurisdicciones que hayan adherido. Asimismo, puede delegar en las jurisdicciones que hayan adherido, la sustanciación de los procedimientos a que den lugar las infracciones previstas y otorgarles su representación en la tramitación de los recursos judiciales que se interpongan contra las sanciones que aplique.

Dentro de los diez (10) días de agotada la vía administrativa podrá interponerse recurso directo, con efecto devolutivo, ante la Cámara Federal de Apelaciones competente con jurisdicción en el lugar del hecho. El recurso podrá concederse con efecto suspensivo si se invocaren razones debidamente fundadas tendientes a evitar un gravamen irreparable al interesado o en resguardo de terceros.

Artículo 39: Lo recaudado por la Autoridad de Aplicación en concepto de multas, deberá destinarse a solventar el funcionamiento del Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos y a realizar campañas de difusión, conforme lo dispuesto en el Artículo 27 de la presente Ley.

Título VIII

Disposiciones Finales

Capítulo I

Disposiciones transitorias

Artículo 40: Los Centros Médicos que previo a la sanción de la presente Ley hayan realizado la crío conservación de embriones, deberán informar al Ministerio de Salud de la Nación acerca de los plazos de conservación, la titularidad de los embriones, los contratos celebrados con los destinatarios de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y toda otra información que a criterio de la Autoridad de Aplicación considere necesaria y oportuna.

La entrada en vigencia de esta Ley en ningún caso afectará derechos adquiridos por los destinatarios de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni los términos de los contratos celebrados con los Centros Médicos en que se crío conservaren los embriones de su titularidad.

Capítulo II

Disposiciones generales

Artículo 41: El Poder Ejecutivo Nacional reglamentará la presente Ley dentro de los noventa (90) días contados a partir de su promulgación.

Artículo 42: Invítese a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la presente Ley en las partes pertinentes.

Artículo 43: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. De forma.

Análisis de la ley de fecundación artificial en Argentina

Por Jorge Nicolás Lafferriere en ArgentinosAlerta.org / Centro De Bioética.

El 5 de junio de 2013 la Cámara de Diputados de la Nación sancionó la ley que garantiza el "acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida".

El trámite parlamentario de esta ley ha dejado en evidencia la existencia de muchos matrimonios que padecen infertilidad y cuya situación el Parlamento parece querer resolver a través de la sanción de esta ley. Sin embargo, el alcance de la norma excede en mucho a la problemática de la infertilidad y se ubica en el campo del puro deseo reproductivo que manipula la vida humana de manera codificante.

Alcance de la ley: la norma dispone la cobertura obligatoria de estas técnicas de procreación artificial por parte de todas las instituciones del sistema de salud (art. 8), a las que puede acceder toda persona mayor de edad que haya dado su consentimiento, revocable hasta la implantación del embrión en la mujer (art. 7), para técnicas de baja o alta complejidad, que involucren o no donación de gametos y/o embriones, con la finalidad de lograr un embarazo (art. 2). La ley no fija casi ningún límite a las técnicas y se delega la determinación de requisitos y técnicas en la autoridad de aplicación (art. 5).

Valoración general: la combinación entre la secuenciación completa del genoma humano y la expansión en el uso de las técnicas de fecundación artificial, impone en el mundo una lógica de control sobre el proceso de generación de la vida que, no sólo no respeta la gratuidad propia de la procreación humana por la donación de varón y mujer, sino que convierte al hijo en el producto de un hacer técnico. En este sentido, el legislador ha ignorado un conjunto de problemáticas de corte humanista y que señalan el deber de resguardar la dignidad de cada vida humana ante

el imperativo biotecnológico que instrumentaliza a los embriones humanos como mero material biológico.

La disociación de la procreación y la sexualidad: el primer problema ético-jurídico que plantean las técnicas es la disociación de la procreación y la sexualidad. Tal disociación no respeta los valores humanos profundos que están implicados en la procreación de la vida humana.

La cosificación del niño por nacer y la introducción de una lógica productiva en la transmisión de la vida humana: dado que la transmisión de la vida humana se realiza a través de procedimientos técnicos, el niño se convierte en un producto que se manipula, se congela, se considera excedente y se somete a mecanismos de selección. En el caso de la ley que estamos analizando, esa cosificación se verifica en los artículos 2 y 4 cuando se habla de la "donación de embriones" y de los "bancos de embriones".

La afectación del derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, ya sea por su eliminación deliberada, como por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo. Sobre este tema, consideramos que no debería admitirse la posibilidad de destrucción deliberada de embriones y que también debería prohibirse la fecundación extracorpórea.

La afectación del derecho a vivir de los niños, por la crio conservación de embriones: el proyecto admite la existencia de "bancos de embriones" (art. 4), lo que importa una violación del derecho a vivir de esos niños.

La afectación del derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas meteorológicas: el proyecto admite la donación de gametos (arts. 2 y 8), de modo que afecta el derecho a la identidad de los niños que serán

concebidos por esas técnicas, que verán disociados los elementos fundamentales de su identidad.

La violación del derecho a la igualdad, en la selección de los embriones que serán transferidos: dado que el proyecto considera la posibilidad de "bancos de embriones" (art. 4), entonces está admitiendo la selección de los embriones concebidos extracorpóreamente, con violación de la igualdad ante la ley y la introducción de mecanismos de segregación y discriminación por razones físicas o genéticas.

Las técnicas de procreación artificial no solucionan el problema de la esterilidad o infertilidad, sino que se limitan a suplantar a las personas en la unión de los gametos. Por eso, no pueden considerarse técnicas médicas en su sentido propio, sino expresión de un poder biotecnocientífico. Tampoco pueden ser consideradas como fuentes de filiación en su regulación civil.

El resultado de la votación en Diputados, donde sólo se verificó un voto contrario a la iniciativa, revela un profundo oscurecimiento de la conciencia social sobre los problemas ético-jurídicos subyacentes a estas novedosas técnicas. Si bien aparentan responder a una situación de infertilidad o esterilidad, las técnicas no sólo no atacan las causas de esa situación, sino que también introducen dinamismos que cosifican al embrión humano y someten la transmisión de la vida a una lógica de producción y dominación. Otros caminos deberían tomarse para solucionar estas situaciones y resguardar principios humanistas fundamentales en esta delicada y decisiva materia.

Nicolás Lafferriere es presidente del Centro de Bioética, Persona y Familia de Argentina. 10 de Junio 2013.⁵

⁵ Extraído de <http://www.argentinosalerta.org/noticia/2514-an%C3%A1lisis-de-la-ley-de-fecundaci%C3%B3n-artificial-en-argentina>.

Después de la aprobación

Fertilización asistida, los vacíos legales que podrían existir detrás de la Ley

A partir de ahora se garantiza el acceso universal a los procedimientos y técnicas de reproducción. La doctora María Eugenia Miranda explicó en qué consiste el tratamiento y opinó sobre la Ley.

La fertilización asistida ya es Ley nacional después de la aprobación en el Congreso de la Nación Argentina. Una asociación civil de Buenos Aires tuvo un papel fundamental en el logro de este derecho, por su trabajo de cinco años a favor de quienes no podían lograr un embarazo. Para conocer de qué hablamos cuando tratamos este tema, El Litoral dialogó con una de las dos médicas certificadas por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva en la provincia, María Eugenia Miranda.

La especialista explicó en qué consiste el tratamiento que brindan en Corrientes, además dio su opinión en relación a la flamante Ley y el papel de las obras sociales.

» Para conocer en primer lugar de qué vamos a hablar: ¿En qué consiste el tratamiento de fertilización asistida?

En primer lugar hay que decir que los problemas de fertilidad afectan más o menos al 15 ó 20 por ciento de la población fértil. Esa población, cuando empieza a buscar el embarazo y transcurre un año o dos que no logran el resultado esperado, generalmente consulta al especialista o su ginecóloga de cabecera lo deriva. Nosotros los estudiamos en primera instancia para saber dónde puede estar el problema, el estudio básico de la pareja dura dos meses, es decir, dos ciclos de la mujer. En este tiempo hacemos todos los análisis clínicos para conocer dónde está el problema, cuál es la parte del aparato

reproductivo que está en problema, del hombre o de la mujer; después de eso hacemos el tipo de tratamiento de acuerdo con la patología que presenta. También es importante decir que el 50 por ciento que consulta se embaraza con técnicas sencillas como corrigiendo la ovulación, las hormonas o bajando la ansiedad. Existe otro grupo en que el embarazo va a ser más laborioso. Lo otro que es importante es que el éxito de la fertilización asistida depende, además, de la edad de la mujer. De acuerdo con eso también se le propone los tratamientos.

» ¿Qué estudios de medicina reproductiva realizan en la provincia de Corrientes y qué otros son necesarios hacer en Buenos Aires?

En Corrientes se realiza todo lo que sea corrección de factores de patología básica, todos los de baja complejidad y fertilización in vitro convencional. Los tratamientos más complejos pueden consistir en cirugía de trompa, entre otras. Van a tener la indicación de acuerdo a la patología y edad. En Corrientes, se hace todo lo que sea la parte básica, las más comunes son inseminación intrauterina o artificial, también laparoscopia de reconstrucción de trompa. Algunos pacientes muchas veces por factores masculinos graves necesitan otro tipo de fertilización in vitro que se llama Icsi (microinyección intracitoplásmica de espermatozoides), esto requiere una tecnología más compleja que se hace sólo en Buenos Aires, en Corrientes aún no contamos con estas herramientas. Gracias a Dios no son todos los pacientes que van a requerir alta complejidad, nosotros tratamos de hacer maravillas para que se embarace de manera sencilla y económica; eso depende también del conocimiento del médico, los tratamientos de alta complejidad son el último recurso porque sabemos el costo económico.

» Si bien todo depende de la patología del paciente y del tratamiento que realizará, ¿podría decir un precio estimado del costo de estos estudios?

Un tratamiento de alta complejidad cuesta aproximadamente 30 mil pesos.

» ¿Qué opina de la obra social correntina que brindó cobertura a parejas, antes de la aprobación de la Ley? Ioscor lamentablemente nunca se asesoró en qué consiste esto y se llenaron de amparos, la gente está confundida; el amparo obliga a pagar el tratamiento hasta que la persona se embarace. Nunca pidieron opinión de médicos ni de la Facultad de Medicina como se hizo en Buenos Aires. La obra social Sama se capacitó con médicos especialistas para saber qué pueden cubrir y qué no, estadísticamente todo tiene una explicación. El tratamiento tiene fracasos y no. La falta de asesoramiento también pasó con la Ley de Obesidad, sólo saben que van a atender a dos pacientes por mes y el resto que espere. Esto tiene que ver con los estudios básicos, si cubren esto que son cuatro o cinco, ya se conoce la patología, por ahí hay que empezar, después de eso se indica el tratamiento. Los tratamientos de baja complejidad son sencillos pero a la larga es tan engorroso el trámite que deben hacer en la obra social que la gente termina pagando de forma particular. Nunca hubo reunión de asesoramiento con los médicos de la provincia y esta obra social.

» ¿Cuántos profesionales de la salud se dedican a hacer estos estudios en la provincia de Corrientes?

Profesionales capacitados somos dos, junto con la doctora Ada Husulak. Las dos formamos parte de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (Samer), que se encarga de evaluarnos. En su página web hay un link de especialistas certificados por Samer y estamos sólo las dos con la doctora Husulak. Hay otros profesionales que se dedican a la fertilidad asistida en la provincia, pero no están certificados por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva.

» ¿Cuántas parejas atiende por día en su consultorio?

Mis pacientes son 20 por día aproximadamente, el 80 por ciento son de reproducción. Muchas de las mujeres que lograron ser madres, vienen después a hacerse estudios ginecológicos conmigo, eso es más por un sentimiento de afinidad. La doctora Ada Husulak también hace medicina reproductiva pero tiene más porcentaje de pacientes por estudios ginecológicos que yo.

» ¿Qué opina sobre la aprobación de la Ley de Fertilización Asistida que logró la mayoría de los votos en el Congreso?

Me parece fantástico, pero lo que me pone hasta triste es que las obras sociales no se capaciten. Estaría buenísimo que hagan lo que hizo Sama, la obra social de Buenos Aires que entendió qué hay que pedir, por qué se pide tal cosa y por qué otra, qué tratamiento y por qué le ofrecés, acá no pasó eso con Ioscor. Hay un vacío legal muy grande, por ejemplo, con respecto a la donación de óvulos, hay pacientes que necesitan, cómo le haces entender a la obra social y a la Ley eso; por ejemplo, que una mujer mayor de 42 años necesita la donación de óvulos por el riesgo de malformación y la obra social no le va a cubrir nunca, pero dicen que hay que embarazar a esa mujer a lo que dé lugar. Existe un momento en que no se va a embarazar más con sus óvulos. También los pacientes deben tener un poco de criterio para saber qué le piden a la obra social.

Está bueno que empecemos a hablar de esas cosas, pero hay mucho camino por recorrer. Hasta que la obra social no se interiorice va a ser muy difícil, tampoco hay profesionales capacitados, hay algunos que terminan sacando plata a la obra social.

»En relación a este tema, los avances y retrocesos sobre los derechos humanos ocurridos en los últimos años, ¿qué falta tratar en la sociedad argentina?

Por ejemplo, muchas veces vienen chicos de la Facultad de Derecho y me preguntan si atiendo a matrimonios igualitarios. Yo no puedo discriminar, si un paciente viene a mi

consultorio lo atiendo, soy médica, no más, no soy juez. En esto por ejemplo hay un vacío legal, una mujer que tiene una pareja del mismo sexo necesita un semen de banco, cómo haces para que la obra social cubra eso. El Código Civil va yendo, pero hay que ver muchas cosas todavía. Estas son áreas que van a tener que seguir en debate, hay que mejorar muchas cosas.⁶

⁶ Extraído de <http://www.ellitoral.com.ar/es/articulo/255217/Fertilizacion-asistida-los-vacios-legales-que-podrian-existir-detras-de-la-Ley>.



Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	NATALIA DE LAS MERCEDES GIRAUDO
E-mail:	natalia.giraudo@gmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	GESTACION POR SUSTITUCION
Título del TFG en inglés	GESTATIONAL SURROGACY
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	VERONICA TABOAS- ANA NEMER
Fecha de último coloquio con la CAE	18/12/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	ADOBE READER X

Autorización de publicación en formato electrónico

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

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de 6 meses**
- No autorizo**

Firma del alumno