



Trabajo Final de Grado de Abogacía

Maternidad Subrogada

Patricia Lucia Marín

Índice

Introducción:.....	4
Objetivos.....	6
Objetivo General:.....	6
Objetivos específicos:	6
Maternidad Subrogada.	7
1.1 Reproducción sexual humana.	7
1.2 Reproducción Humana Asistida.	7
1.3 Maternidad subrogada. Terminología. Concepto	10
1.4 Filiación	13
1.5 Concepto y Determinación de la Maternidad.....	14
1.6 Filiación en las TRA. Diferencias con la filiación por adopción.	16
1.7 La doctrina de la Iglesia católica sobre Reproducción Asistida.	17
1.8 Bioética y Reproducción Asistida.....	20
Contrato de Maternidad Subrogada	23
2.1Concepto.	23
2.2 Legislación argentina en materia de contratos.	23
2.3 Doctrina.	24
2.4 Vicisitudes del contrato de Maternidad Subrogada.....	29
2.5 Consentimiento Informado.	30
Derecho a Procrear. Derecho a la Identidad del Niño	32
3.1 Derecho a procrear	32
3.2 Derecho al Propio cuerpo	36
3.3 Derecho a la Identidad del Niño	37
3.4 El Derecho a la Salud y las Técnicas de Reproducción Asistida.....	40
Derecho Comparado.....	43
4.1 Legislación sobre Maternidad Subrogada en Rusia	43

4.2 Maternidad Subrogada y Alquiler de vientres. Derecho comparado	44
Jurisprudencia	51
5.1 Internacional	51
5.2 Nacional.....	57
5.3 Avances en la legislación argentina en lo relacionado a las TRA.	60
5.4 Proyectos de ley en Argentina sobre Maternidad Subrogada	62
5.5 Proyecto de reforma Código Civil (2012).....	64
Conclusiones finales.....	68
Anexo 1.....	76
Anexo 2.....	89
Bibliografía.....	95

Introducción:

Desde las antiguas civilizaciones del pasado, la familia constituyó uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se organizaba la sociedad. Roma es uno de los claros ejemplos de esto, toda su organización social, jurídica, política y religiosa giraba en torno a la familia la “Gens”. La descendencia era fundamental, debido a que el poder era hereditario, por lo cual los hijos constituían un instrumento para que el poder de la familia real perdure en el tiempo. Como se sabe la familia modelo, se compone de padre, madre e hijos, no dejando de lado a los ascendentes y a los familiares colaterales. Pero que ocurre cuando genéticamente el padre o la madre o los dos son infértiles?. Es en éste momento dónde las parejas comienzan a evaluar diferentes métodos para convertirse en padres. En la antigüedad la única forma de lograr ese anhelo era recurrir a la adopción. Pero a medida que avanzó la ciencia, fue ofreciendo técnicas de reproducción asistidas para lograr que parejas infértiles puedan convertirse en padres. En la década del `70, en Inglaterra, nació la primer niña probeta, fruto de una fertilización in Vitro. Desde ese tiempo a esta parte, se fueron perfeccionando las técnicas de reproducción y se ofrecieron otras posibilidades teniendo en cuenta cual es la dificultad reproductiva de la pareja. El presente trabajo tratará especialmente el caso de la “Maternidad Subrogada”, dicha práctica es muy compleja, debido a que involucra a una tercera persona ajena a los padres y que constituye la pieza fundamental en este procedimiento. Esta práctica presupone un convenio por el cual una madre sustituta o portadora se ofrece, gratuita u onerosamente, a portar al embrión hasta su nacimiento, luego del alumbramiento el niño nacido así, se lo considera hijo de la pareja contratante. La información genética, óvulo y espermatozoide, son proporcionados por la pareja, por donantes indistintos o en el caso del ovulo por la madre portadora. Hasta aquí ésta técnica no presenta grandes problemas a nivel científico, lo que sucede es que jurídicamente este

procedimiento si trae aparejado grandes consecuencias, teniendo en cuenta que algunos países prohíben expresamente este tipo de procedimientos y en otros hay una laguna legal en cuanto al tema. Argentina es uno de éstos últimos, en nuestro país no está legislada la “Maternidad Subrogada”. Recordemos que nuestro código civil fue sancionado en la época de Vélez, época en la cual ni se pensaba en el avance de la ciencia. “Estamos en tiempos donde la ciencia avanza a un ritmo veloz y sostenido más aprisa que el Derecho, y en este techo asincrónico entre evolución científica y la marcha jurídica genera situaciones de franca injusticia entre los individuos de una sociedad” (Dellaqua, Mabel, p. 215). En nuestro país recientemente se produjo un avance en materia legislativa, con la Ley de Acceso a la Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley de Matrimonio Igualitario, como repuesta a las nuevas realidades sociales. Estas nuevas leyes crean un nuevo panorama social, que reclama ahora la legislación de la Maternidad Subrogada. Actualmente solo las parejas que viajan al exterior pueden acceder a ésta práctica y volver al país con el niño nacido en el exterior. El presente trabajo de investigación, tiene por finalidad dar una visión crítica y analítica del sistema jurídico actual en lo relacionado a la Maternidad Subrogada y la posibilidad de su incorporación en el derecho argentino.

Objetivos

Objetivo General:

Analizar la figura jurídica que posibilite incorporar legalmente la maternidad subrogada a la legislación Argentina, para reflexionar sobre el vacío normativo que existe de esta práctica presente.

Objetivos específicos:

- Analizar puntos de vista doctrinales, científicos y religiosos a cerca de la Maternidad subrogada y el alquiler de vientre.
- Analizar derecho comparado a favor y en contra de la maternidad subrogada y Alquiler de vientres
- Analizar los derechos de los diferentes sujetos de derecho que interviene en esta relación compleja. Padre, Madre, madre portadora del embrión y niño gestado.
- Analizar proyectos de ley, deficiencias.
- Analizar casos jurisprudenciales internacionales para reflexionar sobre la aplicación de leyes.
- Analizar el discurso público actual en la argentina sobre la maternidad subrogada.
- Análisis de las normativas vigentes prohibitivas y permisivas que existen hasta el presente año en Argentina relacionadas con la maternidad subrogada.

Maternidad Subrogada.

1.1 Reproducción sexual humana.

Es importante esbozar en primer lugar un concepto de reproducción humana natural para luego remitirnos a la reproducción artificial, las técnicas propiamente dichas y más precisamente a la maternidad subrogada en particular que es lo que nos interesa para el presente trabajo.

Para producirse la reproducción humana en forma natural, es necesario la unión de dos individuos de distinto sexo hombre y mujer a través del coito, lo cual va a posibilitar la fecundación, la fecundación consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide, fusionándose ambos núcleos poseedores del material hereditario. Esto da origen al cigoto, primera célula del nuevo ser.

1.2 Reproducción Humana Asistida.

A veces la fecundación no puede realizarse en forma natural, para lo cual se han desarrollado Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Hasta casi el final del siglo XX las personas con problemas de fertilidad debían resignarse o acudir a la adopción si deseaban formar una familia.

El artículo “Reproducción humana asistida una perspectiva biojurídica” nos proporciona el concepto y clasificación de las técnicas de Reproducción asistida:

“...Las técnicas de reproducción humana asistida incluyen una serie de intervenciones tendientes a aproximar de manera artificial las gametas femeninas y masculinas con el objeto de favorecer un embarazo.

Dichas técnicas o métodos pueden agruparse de acuerdo a niveles de baja y de alta complejidad. Entre las primeras (técnicas primarias) encontramos a la estimulación ovárica, la inseminación artificial y entre las segundas (técnicas secundarias) tenemos la fecundación in vitro, transferencia embrionaria y la maternidad subrogada. Ante la mayor dificultad en la técnica médica que se utiliza,

en forma coincidente, es mayor la complejidad tanto en cuanto al tratamiento desde el aspecto jurídico como a los problemas que acarrea su regulación legal.”¹

Técnicas de fertilización asistida en particular.

Como ya indicáramos, en la actualidad las técnicas de reproducción asistida se pueden clasificar en dos niveles de complejidad: simples o de complejidad primaria y de complejidad secundaria.

a) Tratamientos simples

1) Estimulación ovárica. En esta técnica la mujer es estimulada hormonalmente para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros (poliovulación) y así se intenta aumentar la posibilidad de obtener el embarazo, si eso no ocurre de manera natural puede asociarlo a otros métodos como la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

2) Inseminación artificial. En este tratamiento se colocan los espermatozoides que pueden ser procesados, en forma previa, en el interior del útero o frente al cuello del mismo. Las primeras técnicas sobre reproducción asistida se remontan hacia el año 1979. Fue Hunter quien realizó en Inglaterra la primera inseminación artificial, obteniendo la gestación en una mujer con semen de su marido. Esta técnica se multiplicó a principios de este siglo en Estados Unidos de América, Inglaterra, Suecia y Rusia.

Estos métodos son utilizados cuando los espermatozoides no llegan de manera natural al útero. Suele combinarse este tratamiento con la estimulación ovárica.

3) Inseminación artificial homóloga. Hay que distinguir entre la inseminación artificial homóloga (IAH), que fue la primera en practicarse entre cónyuges y la inseminación artificial con semen de un extraño a la cual la doctrina jurídica denomina “heteróloga” (IAD).

1 Guahnon - Iovanna – Somer Reproducción humana asistida: Una perspectiva biojurídica. Artículo on line. (2012). Bs. As. Editorial Astrea Recuperado de <http://www.astrea.com.ar/book/doctrina0186/>

La técnica de inseminación artificial homóloga puede darse en dos supuestos:

a) Inseminación practicada en vida, se realiza con componentes genéticos del marido y de la mujer, gestación y parto de la esposa, durante el matrimonio, en el cual se da la coincidencia biológica (nexo biológico de la generación) y la institucional de la filiación matrimonial, y b) post-mortem, que se da en el supuesto en el cual la mujer viuda recurre a la inseminación con semen del cónyuge fallecido, quien hubiera con anterioridad consentido dicho procedimiento para después de su muerte.

4) Inseminación artificial heteróloga. Es aquella que se realiza con semen de un donante extraño a la pareja, es ampliamente difundida en aquellos países donde no existen barreras legales. Este método se puede plantear frente a dos supuestos: a) inseminación practicada en vida, y b) después del fallecimiento del tercero donante de semen. Este tipo de fertilización debe concordarse con el anonimato que se pretende establecer al dador en apoyo de la paz familiar, con el respeto del derecho del nuevo ser a comprender su origen biológico y en consecuencia la causa de determinadas afecciones genéticas.

b) Técnicas de complejidad secundaria

1) Fecundación “in vitro”. Esta técnica que se produjo por primera vez en Inglaterra, en 1978, con el nacimiento de Louis Brown, es indicada generalmente cuando: existe esterilidad femenina por problemas en las trompas de Falopio, por esterilidad masculina secundaria, por escasez de espermatozoides, siempre que tengan un nivel aceptable de movilidad y esterilidad sin diagnóstico. La técnica consiste en realizar previamente una estimulación ovárica, luego los óvulos son aspirados y colocados junto con los espermatozoides obtenido en la mayoría de los casos mediante masturbación en un medio extracorpóreo (frasco especial o incubadora). Si la fecundación se produce, entonces los embriones se retirarán para luego ser implantados en el útero, a través de un catéter que recorrerá el cuello uterino. El trasplante se realiza de 48 a 72 horas después. Generalmente, los médicos recomiendan la transferencia de tres o cuatro embriones para que implante alguno. La implantación de todos los embriones obtenidos puede provocar los llamados “embarazos múltiples”, los cuales pueden acarrear consecuencias obstétricas. La crioconservación

de los embriones obtenidos por la técnica de fecundación in vitro (FIV) ha aparejado grandes críticas y cuestionamientos médicos, legales, éticos, sociales y religiosos.

2) Transferencia intratubaria de gametos (GIFT). Esta técnica fue creada por el doctor argentino Ricardo Asch en Estados Unidos de América y se utiliza cuando no funciona la inseminación artificial, pero las trompas permiten la concepción. La técnica consiste, si al menos hay una trompa de Falopio sana, en colocar en la misma los óvulos (extraídos previamente con una aguja mediante laparoscopia) y espermatozoides y de esa manera la concepción se produce en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño.

3) Transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones. Constituyen variantes de la FIV, pues luego de efectivizada una fecundación in vitro, se coloca en la trompa el embrión resultante.

4) Otras técnicas de micromanipulación. a) PZD. En el laboratorio se le realiza un corte a la zona pelúcida que cubre el óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides. b) SUZI. Se inyectan espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo.

Fecundación corporal La fecundación corporal, la que se realiza en el cuerpo de la mujer que desea procrear, puede ser homóloga o heteróloga.

Fecundación extracorporal. Esta fecundación, que como su nombre lo indica se produce fuera del cuerpo de la mujer, ya hemos dicho que ha implicado un avance extraordinario en la solución de los problemas de infertilidad. Pero como todo avance científico surgió la necesidad de impedir que se violen límites éticos, a modo de ejemplo con la manipulación de embriones, las terapias genéticas, etcétera.

1.3 Maternidad subrogada. Terminología. Concepto

Silvana María Chiapero (2012), nos menciona las diversas denominaciones que ha recibido la maternidad por otro. A la madres de que gestan un niño por otro se las denomina, “madres sustitutas”, “maternidad por sustitución”, “gestación por cuenta de otro”, “madre portadora”, “madre alquilada” y “madre arrendada”. Madre portante, se refiere a aquella madre que no aporta óvulo y madre gestante, aporta

óvulo. Según la autora citada hay autores que utilizan indistintamente los términos y otros utilizan el término maternidad subrogada sólo cuando el embrión es ajeno, pero en la actualidad el contrato de subrogación materna no tiene contenido claro y unívoco en la doctrina nacional y extranjera. La diferenciación que realizan los autores, se basa en otros conceptos de diferentes áreas de estudio, términos jurídicos, biológicos o funcionales. Términos jurídicos (préstamo, alquiler), biológicos (gestación, putero, matriz) y funcionales (portadora, suplente, sustituta y sustitución, subrogada o subrogación).

Gafo (1986), habla indistintamente de maternidad subrogada, útero alquilado, maternidad biológica o gestación subrogada.

La iglesia católica, en su “Instrucción para el respeto a la vida humana en su origen en la dignidad de la procreación”, incluye bajo el rubro de madre sustituta a ambas hipótesis, es decir, la mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, y la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Para Zannoni (2000), la subrogación presupone el embrión ajeno, es decir la mujer no aporta óvulo.

Los autores que han tratado el tema, han elaborado conceptos para definir a la gestación por otro. Para Silvana María Chiapero (2012), la Maternidad Subrogada presupone una mujer miembro de una pareja comitente (integrada por quienes solicitan los servicios de gestación de otra mujer) o sola (soltera, viuda, separada o divorciada) que no puede llevar a cabo el embarazo, por lo que conviene (la pareja o la mujer sola) con una tercera persona (gestante) un contrato de gestación en putero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y se desarrolle hasta su nacimiento, previa renuncia a la filiación materna, lo entregue a la pareja o mujer comitente, arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno. Para esta autora la maternidad subrogada puede darse de dos maneras principales: la primera

denominada “madre portante”, se configura cuando una mujer acepta llevar adelante un embarazo de un embrión conformado por gametos de la una pareja estéril. Esta modalidad es la maternidad subrogada propiamente dicha, ya que hay una madre genética y otra gestante, es decir dos madres. La segunda forma se denomina “madre gestante”, se configura cuando una mujer acepta ser inseminada con semen del marido de la pareja estable o de una mujer que no puede concebir, es decir en este caso hay aportación de vientre y óvulo, por lo cual la madre portadora y genética coinciden.

Para Zannoni (2000), en la fecundación extracorporal, se puede dar que el embrión propio de una pareja puede ser transferido al útero de otra mujer debido a imposibilidad o dificultades que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo. Esta situación genera una distinción entre madre biológica y madre portadora (o subrogante). Según este autor existe una diferencia entre madre portadora y madre de alquiler, en el caso de la primera acepta sobrellevar el embarazo por razones altruistas y la segunda lo asume por un precio (alquiler de útero)

Vidal Martínez (1988), la Maternidad Subrogada significa el contrato de una mujer con una pareja casada o matrimonio para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz o procrear un niño, a cuya custodia renunciará para que fuera adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada.

Eleonora Lamm (2012), en su artículo “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución” define a la maternidad subrogada de la siguiente manera: “La gestación por sustitución es un “fenómeno social —en pleno proceso de expansión— por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos (y/o genéticos) o no”²

Para las autoras A. KEMELMAJER DE CARLUCCI - M. HERRERA - E. LAMM (2012), la gestación por sustitución implica la existencia de un acuerdo de voluntades

2 Eleonora Lamm. Revista electrónica Cuestión de Derechos. La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe como comercial la gestación por sustitución. (2012) Barcelona. Recuperado de <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%203.pdf>

por el que una mujer gesta un niño para otra persona (sea hombre, otra mujer o una pareja heterosexual u homosexual). Para esta línea de pensamiento, no es dable hablar de maternidad subrogada, la subrogación no abarca todos los casos, es correcto utilizar el término “sustitución en la gestación”, que sería gestar por otro o para otro, sin aportar material genético, por lo tanto tampoco se trata de una maternidad, ya que la portadora es puramente gestante. Esta terminología es la utilizada por el proyecto de reforma de Código Civil.

1.4 Filiación

El Diccionario de la Real Academia Española define la filiación como la “procedencia de los hijos respecto de los padres”. Trasladando la misma al ámbito jurídico, podemos decir que la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción).

El doctor Belluscio (1988), establece que la filiación es el concepto jurídico que une a una persona con sus progenitores.

En nuestro derecho tres son las clases de filiación que se conocen:

- a) Matrimonial: es la que tiene origen en el matrimonio.
- b) Extramatrimonial; es la que corresponde a los hijos de personas no unidas entre sí por el matrimonio.
- c) Adoptiva: Es la que no corresponde a la realidad biológica sino al vínculo paterno-filial creado por el derecho. Puede ser plena o simple, según extinga o no el vínculo biológico, respectivamente.

La filiación deviene como consecuencia de la reproducción. Esta reproducción puede ser natural o asistida (como veremos en otro capítulo).

En el sistema de filiación común la paternidad se fundamenta en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica, es decir, en el varón la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer en el hecho de parir.

Para Silvana María Chiapero (2012, p. 137) “la ley organiza los derechos y deberes paternos filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación entre el padre que engendró e hijo engendrado, entre la madre que concibió y el hijo concebido. La filiación es la expresión, en el ámbito jurídico del hecho biológico de la procreación, a toda persona le corresponde una.”

En 1985 la ley 23.264 (Ley Nacional 23.264 Filiación, Patria Potestad) que reformó el Código Civil argentino, modificó el art. 254 que dice “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuera desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”. Así mismo, el art. 253 dispone que “en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso biológicas, las que podrán ser acreditadas de oficio o a petición de parte”. El avance tecnológico en esta época fue recogido a los fines probatorios con la reforma de los artículos antes mencionados, es decir prevaleció el nexo biológico-genético.

1.5 Concepto y Determinación de la Maternidad

La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél.

En la medicina la maternidad es la función reproductiva de la mujer que comprende la gestación y el embarazo. La Ley General de la Salud considera la maternidad como el embarazo, parto y puerperio (Art 61 I). La gravidez comienza con la fecundación y termina con el nacimiento del niño o niña, médicamente se conoce como parto.

Jurídicamente la Maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano del cual surgen derechos y obligaciones.

Para Méndez Costa (1986), la “filiación” como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero.

De allí que la filiación esté determinada por la paternidad y la maternidad a manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación.

Como menciona Zannoni (1998), en cuanto a la maternidad el axioma tomado por Paulo del Digesto “Mater Semper certa est etiam si vulgo conceperit”, reafirma ese vínculo biológico entre la madre y el recién nacido al decir que la madre es siempre cierta y que por lo tanto la maternidad era siempre indubitable, y que su prueba era sencilla. La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación. El vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. Los romanos decían que el parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*). La voz vientre, toma el significado de madre. Se dice que el parto sigue el vientre para significar que el hijo sigue la condición de la madre. Y por eso decían que la maternidad es siempre cierta “Principio Mater Semper Certa est”.

Modernamente, las legislaciones tienden a implementar sistemas adecuados para que la determinación de la maternidad quede objetivamente establecida, aunque la mujer que dio luz no reconozca expresamente al nacido. Ello requiere acreditar ciertas circunstancias:

A) El parto de la mujer, es decir, que ella ha dado a luz al niño que se le atribuye como su hijo.

B) La identidad del nacido; el niño que la mujer dio a luz en el parto es el que, más tarde, se inscribe como su hijo.

En Argentina el Código Civil en su art 242 según la ley 23.264 (Ley Nacional 23.264 Filiación. Patria Potestad, dispuso que la maternidad quedara establecida, aún

sin mediar reconocimiento expreso “por la prueba del nacimiento” y “la identidad del nacido”.

1.6 Filiación en las TRA. Diferencias con la filiación por adopción.

La utilización de técnicas de reproducción asistida, produce un desmembramiento de la maternidad, paternidad, y por ende un conflicto al momento de establecer la filiación. No existe inconveniente cuando la procreación es producto del acto sexual, sin intervenciones extrañas. Pues existía la certeza que lo biológico correspondía al elemento genético.

En la actualidad con el empleo de las TRA según las autoras A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA y E. LAMM (2012), se produce una distinción de tres verdades la Biológica, la Genética y la Voluntaria: La verdad genética corresponde al aporte de material genético (ovulo y espermatozoide), la verdad biológica crea un vínculo entre los progenitores más allá de lo genético, en el caso del hombre participa del acto sexual y en el caso de la mujer lleva en su vientre al niño durante los nueve meses de gestación. Por último la verdad voluntaria o consentida, que se determina por la voluntad procreacional.

El elemento volutivo es importante en caso de que el elemento biológico y genético no coincidan o no estén presentes. La voluntad procreación consiste en el deseo de llevar adelante un proyecto de paternidad, querer ejercer el vínculo paternal con un niño.

Como resultado de los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

En cuanto a las diferencias entre la filiación derivada de la aplicación de una TRA y la filiación por adopción, la autora Aída Kemelemaker de Carlucci (2012), destaca que en la Maternidad Subrogada, la voluntad de los padres es manifestada antes de la gestación mediante la manifestación del consentimiento legalmente

requerido para dichos procedimientos. Es decir es la voluntad procreacional manifestada es la que posibilita su gestación, la determina. En cambio en la adopción (simple o plena), la manifestación de la voluntad en miras a crear un vínculo parental con el niño se expresa con posterioridad a su nacimiento, no existe vinculo biológico alguno. El niño adoptado conoce dos realidades, su familia biológica y la familia adoptante. La criatura fruto de una TRA, solo conoce una realidad la biológica, ya que sus padres mediante el aporte genético crean un vínculo biológico desde su concepción. La voluntad de ser padres incluso es más fuerte que la que se produce naturalmente, porque el deseo de crear un nuevo ser existe antes de que ni siquiera exista la posibilidad de engendrar un nuevo ser. Muchos niños concebidos naturalmente no son queridos por sus padres biológicos, son rechazados y dados en adopción, incluso antes de su nacimiento, sin contar con los abortos clandestinos.

Especialistas en fertilidad nos dicen que el fenómeno de adoptar es un hecho individual y no de la pareja, a pesar de que ambos integrantes soportan el mismo problema, sus actitudes suelen ser distintas. No es igual quien adopta pese a su fertilidad, que quien lo hace para paliar su infertilidad, pues éste último lo hace desde la resignación, que cubre la frustración y el dolor de no poder concebir el hijo propio. Para el estéril, el niño adoptado es aquel que no puede tener, en tanto para el fértil es aquel que decide tener renunciando a su fertilidad.

La decisión de adoptar conlleva trámites engorrosos, esperas, cumplimientos de exigentes requisitos relativos a la edad, solvencia moral y capacidad económica de los miembros de la pareja, y la existencia latente de los padres biológicos del adoptado.

La adopción no puede suplir el deseo de todo ser humano de tener un hijo con vinculación genética.

1.7 La doctrina de la Iglesia católica sobre Reproducción Asistida.

La Iglesia Católica se ha expresado contraria a la maternidad sustituta. La señala como moralmente ilícita, por ser contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación, a la que representa una falta contra las obligaciones del

amor materno, de la felicidad conyugal.

En el documento “Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción para el respeto de la vida humana en su origen y en la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de la realidad.” (Marzo 1987). Expone algunas razones porque la maternidad subrogada representa una falla objetiva para arribar a las obligaciones de (1. Amor maternal a) en el hecho de que la esposa debe llevarse al niño, b) en el hecho de que la madre o esposa subrogada debe entregar a su propio niño después del nacimiento: 2) Fidelidad conyugal. a) el derecho de los esposos de ser padre y madre, sólo por ellos mismos, b) si la madre u esposa es subrogada es a su vez casada, ambos esposos se ven privados se ven privados de ese derecho: 3), Maternidad Responsable. La esposa pide a otra mujer llevar la carga de la maternidad inicial y sujetar al menor a posibles hábitos no saludables de la subrogada y la posibilidad de ser abortado deliberadamente si por alguna razón la madre subrogada no desea más llevar al niño dentro de ella. 4). La maternidad subrogada, también ofende la dignidad del niño que es concebido, gestado y parido, y después entregado a personas que actuarán como sus padres. El niño es tratado como objeto, en vez de prescribir que el niño es un don de Dios.

En el artículo “Tribuna. Reproducción Asistida e Iglesia católica. La instrucción ‘Dignitas Personae’” del Dr. Fernando Abellán (2008), el autor analiza el contenido de la nueva instrucción de la Iglesia Católica *Dignitas personae* en lo que se refiere, sobre todo a las técnicas de reproducción humana asistida.

“...La doctrina de la Iglesia Católica sobre la reproducción humana asistida se halla contenida fundamentalmente en dos instrucciones vaticanas de la Congregación para la Doctrina de la Fe, en concreto en la Instrucción Donum vitae, de 1987, y en la recién publicada instrucción Dignitas personae, de diciembre de 2008, que, como dice en su introducción, es una puesta al día de la anterior.

No obstante, en ambas se mantiene como criterio ético fundamental que el “ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano

inocente a la vida.

Como se recuerda en la instrucción Dignitas personae, la Iglesia no rechaza las técnicas procreativas por el hecho de ser artificiales, sino que aboga porque sean valoradas moralmente por su relación con la dignidad de la vida humana. En este sentido, no acepta moralmente aquellas técnicas que reemplazan el acto conyugal disociándolo de la procreación, y adopta al respecto la máxima de que “la procreación humana es un acto personal de la pareja hombre-mujer, que no admite ningún tipo de delegación sustitutiva”, en nuestro caso la que resultaría de confiarla a los profesionales sanitarios de la reproducción asistida.

De lo anterior se desprende una aceptación parcial y limitada de las técnicas, en concreto sólo de aquellas que tienen por finalidad remover obstáculos que impiden la fertilidad natural (tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas para endometriosis, para desobstrucción de las trompas), y que por ello se configuran como una facilitación o ayuda -no una sustitución- al acto conyugal y a su fecundidad.

Rechazo justificado en la dignidad

La instrucción no cambia realmente los criterios ya asentados en la precedente de 1987, sino que los matiza haciendo un análisis pormenorizado de las diferentes técnicas, y razonando el porqué de su rechazo moral en cuanto prácticas que, según la doctrina que proclama, son contrarias a la dignidad humana.

Es cierto que la postura de la Iglesia Católica sigue siendo netamente contraria a la realización de la mayor parte de las técnicas de reproducción humana asistida (la inseminación artificial, la fecundación vitro, la inyección intracitoplásmica de esperma, el diagnóstico genético preimplantacional), lo que resulta una consecuencia de la dimensión y de la preponderancia que concede al valor de la dignidad humana desde el instante de la fecundación con respecto a los deseos de las parejas con problemas de fertilidad, que siendo legítimos y comprensibles, deben ceder a su juicio en esta pugna.

De este posicionamiento resulta lógico que se derive un descontento de los profesionales de las técnicas, así como de los pacientes que recurren a ellas para

solucionar sus problemas de infertilidad, cuyo comportamiento no cabe duda que es objeto de una recriminación moral. Ahora bien, siendo así lo anterior, y condicionando esa circunstancia una posición enfrentada y difícilmente reconciliable, hay aspectos que emanan de la instrucción comentada que constituyen elementos importantes de reflexión en esta materia, ciertamente aprovechables desde el punto de vista del estudio bioético.

Yendo al contenido concreto de la instrucción Dignitas personae, hay que decir que se reprueba moralmente tanto la fecundación artificial heteróloga (con contribución de donante de gametos) como la homóloga (con gametos propios de la pareja), así como la fecundación in vitro. Respecto de esta última, llama la atención sobre el número muy alto de embriones que hay que sacrificar para la realización de las técnicas, denunciando que la investigación en este campo médico no parece muy interesada en el derecho a la vida de cada embrión, sino tan solo en conseguir los mejores resultados posibles de niños nacidos.....”³

1.8 Bioética y Reproducción Asistida.

Abel, Francesc (1989), nos enseña que etimológicamente, la palabra bioética proviene de dos raíces griegas: “bios” (vida) y “ethike” (ética, valores morales), es decir “ética de la vida”. Asimismo, y en este orden de ideas, se ha conceptualizado a la bioética como “la reflexión filosófica sobre los problemas éticos que se plantean en el contexto de la medicina y las ciencias biológicas” y como “el estudio interdisciplinario de los problemas creados por el progreso biológico y médico, tanto a nivel microsocial como a nivel macrosocial, y su repercusión en la sociedad y en su sistema de valores, tanto en el momento presente como en el futuro.

Según la “Declaración Bioética de Gijón 2000”, las ciencias y las tecnologías, especialmente las referidas a la “vida y a la salud” de las personas, requieren un encuadramiento que respete la condición de la persona humana para lo cual no puede desentenderse del respeto de determinados parámetros éticos inmanentes a esa

³ Fernando Abellán Diario digital Diario Médico. Com. Tribuna. Reproducción asistida e iglesia católica: Instrucción “Dignitas personae” (2008) España. Recuperado de <http://www.diariomedico.com/2008/12/23/area-profesional/normativa/tribuna-reproduccion-asistida-e-iglesia-catolica-la-instruccion-dignitas-personae>

condición.

En este sentido, se ha afirmado que la bioética “intenta relacionar nuestra naturaleza biológica y el conocimiento realista del mundo biológico con la formulación de políticas encaminadas a promover el bien social” armonizando el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías, con los derechos humanos en relación con valores y principios éticos (esencialmente el de la dignidad) proclamados en declaraciones y convenciones internacionales

En este contexto, un sector de la doctrina ha comenzado a referirse al “bioderecho”, conceptualizándolo como aquél que “pretende ser una respuesta jurídica a todo este nuevo universo, que incluye la valoración exigida por la ética social”

Es decir que representaría la relación entre biología y derecho, mediante normas y regulaciones referidas a aquélla, en defensa de la dignidad del ser humano, importando la proyección de la bioética en el mundo jurídico a través de convenios, normativas y decisiones judiciales que van determinando los límites a los que deben sujetarse las ciencias y tecnologías referidas a la vida y a la salud.

En nuestro país, Ciuro Caldani (JA, 1998-IV-704), ha sido uno de los grandes impulsores del término “bioderecho”, definiéndolo como una “rama jurídica transversal” que no significa negación pero sí complemento de otras ramas del derecho.

Los cuatro principios formulados por la Bioética son: Beneficencia, no maleficencia, autonomía y Justicia. Según Diego García (1991), estos cuatro principios no tienen el mismo rango porque su fundamentación es distinta, de allí que hace referencia a una ética de mínimos y a una ética de máximos compuesta por los principios de no maleficencia y justicia, la primera y beneficencia y autonomía, la segunda. La diferencia en el rango la da justamente la diferencia de fundamentación ya que los principios que configura la ética de mínimos encuentran su razón de ser en el bien común y los principios que componen la ética de los máximos dependen del sistema de valores de las personas implicadas. Ante la conflictividad de los cuatro principios bioéticos nace al que podemos denominar quinto principio o

metaprincipio. Este quinto principio “bien común”, se considera estructuralmente operativo y equilibrante a la hora de legitimar las técnicas de fertilización asistida.

La descendencia constituye la legitimidad de recurrir a la técnica de fertilidad. La infertilidad, en cualquiera de sus manifestaciones y niveles, se refleja como un componente de frustración que incide en el desarrollo normal de la vida de las personas.

Los hijos como perpetuación de lo propio son el fruto de un proyecto de vida, y constituyen la legitimación de la recurrencia al aporte biomédico para posibilitar la descendencia. La fertilización asistida en sus múltiples formas, desde sus aspectos científicos-técnicos, por un lado, y jurídicos por el otro, nos lleva al encuentro de una amplia diversidad de estructuras situacionales. Como apunta Atienza (1999), en algunas circunstancias (que pueden estar vinculadas a la fertilización asistida) los principios son inconcluyentes, ya que por sí mismos no permiten resolver un caso sin entrar en tensión unos con otros. De allí que, además de principios, necesitamos reglas que precisen hasta dónde puede llegar el riesgo para una persona y el beneficio de la otra, por ejemplo; por ello el problema fundamental de la Bioética es el de pasar del nivel de los principios al de las reglas o, dicho de otra manera, construir, a partir de los principios, un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que resuelvan los problemas para los que no existe consenso.

Dworkin (1984, p.72), define a los principios como “estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de moralidad”. Ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos haciendo hincapié sobre el rol de los principios morales en el razonamiento jurídico y, en particular, en los casos difíciles, enunciando la tesis de la respuesta correcta y no discrecional al apuntar a la certeza del derecho, mediante criterios objetivos, fundamentándose en los derechos individuales como triunfos a la mayoría, en especial el derecho a la igual consideración y respeto. Las consideraciones de Dworkin tiene aptitud para aplicarse a los principios de la Bioética en cuanto inspiran a las normas y le brindan a los

aplicadores del Derecho pautas positivizadas a las que pueden recurrir para solucionar los casos difíciles de a Bioética general, y en particular a los referidos a la fertilización asistida

Contrato de Maternidad Subrogada

2.1 Concepto.

Se puede esbozar el siguiente concepto de contrato de Maternidad Subrogada:

"Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a una mujer denominada subrogante, previo convenio que haga con otra mujer y su esposo(si tuviere) denominados subrogados , a fin de que se le implante el óvulo de la subrogada y el semen del esposo, o de terceros donantes, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogante reciba de la subrogada cierta cantidad de dinero o no, más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a los o la subroganda/dos".

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos: Acto jurídico, intervención de un médico con experiencia en la materia, aplicación de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , mujer denominada subrogada, mujer denominada subrogante, Esposo o concubino de la subrogante , óvulo de la subrogada y el semen del esposo o concubino de esta o de terceros donantes, Cconvenio, edad suficiente para contratar, cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, entrega del bebé a la subrogada .

2.2 Legislación argentina en materia de contratos.

Según Zannoni (2000), si en nuestro país se demandará por un contrato de ésta índole (sea para pedir el pago de un precio de alquiler, sea para requerir la entrega del niño, en virtud del contrato) la demanda no prosperaría, en virtud del artículo 953 del

Código Civil Argentino, ya que no es posible negociar sobre el estado de familia de las personas. El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio. Ello sin perjuicio de la solución que por vía interpretativa, y con prescindencia de todo negocio entre particulares, debe alcanzarse para determinar la maternidad. Siguiendo al autor antes mencionado, no se puede rechazar una demanda de impugnación de maternidad basándose en el art. 242 del Código Civil, ya que dicha norma está destinada a resolver el tema sobre la innecesaridad de reconocimiento expreso por parte de la madre. A su vez el autor establece una diferencia entre “madres portadoras” y “madres de alquiler”, la primeras aceptan sobrellevar un embarazo por razones altruistas y las segundas lo asumen por un precio.

En virtud del art. 953 del Cód. Civil que establece “ el objeto de los contratos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de ella conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero”, un contrato de esta naturaleza sería nulo de nulidad absoluta, e inexigible en el derecho argentino, por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, por su objeto, ya que las partes del cuerpo humano no son susceptibles de ser arrendadas no son jurídicamente “cosas”.

2.3 Doctrina.

Javier Gafo Fernández (1985), jesuita madrileño, indiscutiblemente pionero en bioética. Tras rechazar el acuerdo oneroso de alquiler de útero, considera éticamente aceptable el caso de la mujer que presta su útero (no alquila) para que una hermana o una amiga puedan tener un hijo.

Fábrega Ruiz (1999), no ve inconveniente jurídico o moral respecto del contrato de maternidad subrogada, si se cumple con determinadas condiciones, tales como que el contrato se lo celebre en documento público, que la pareja requirente se comprometa a aceptar al niño, careciendo la madre biológica de responsabilidad en

caso de que naciera con defectos físicos o psíquicos, que exista la posibilidad de la madre sustituta de quedarse con el niño una vez nacido, y que la prestación del útero sea voluntaria y gratuita, sin perjuicio del pago de gastos.

Se encuentra como antecedente de las argumentaciones a favor de éste tipo de prácticas lo que nos enseña Díaz de Guijarro (1965), en vinculación con el acto procreacional, al distinguir la concurrencia de tres elementos: 1) la voluntad de la unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional. La voluntad de la unión sexual refiere a la libertad de mantener relaciones sexuales con o sin deseo de procrear.

La voluntad procreacional apunta al deseo e intención de tener un hijo. Este término adquiere importancia con el desarrollo de la procreación asistida y como elemento que permite establecer distancia entre el vínculo filial y la verdad biológica. La responsabilidad procreacional, se vincula con los efectos que derivan del acto procreacional. Cuando la procreación se concreta, se concentra en los padres el conjunto de deberes y derechos propios del instituto de la responsabilidad parental, destinado en el presente a la formación y protección del hijo desde la concepción y hasta la mayoría de edad.

En el ámbito de la doctrina nacional, 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”. Gustavo Bossert, en cambio, admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente. En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992 los Dres. Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que “este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa fin ilícitos”.

Soto Lamadrid y Moreno - Luque Casariego sostienen que, si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y existe, además, un fundamento

altruista, el convenio donde se fija las condiciones de del servicio debería ser válido y por ello, de necesario cumplimiento.

Lledó Yagüe censura el contrato de gestación en útero ajeno, incluso cuando el óvulo pertenezca a la pareja arrendataria del servicio.

Zarraluqui sostiene que deben ser prohibidos los contratos tanto de alquiler de útero como de arrendamiento de obra, pues está prohibido que las personas sean objeto de contratos.

En el marco de la reforma del Código Civil Argentino encontramos la postura de una de sus precursoras Aída Kelmelmajer de Carlucci, que junto a Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2012) en su artículo “*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*”, nos plantean los siguientes puntos relevantes en cuanto a la maternidad subrogada , luego de tratar ampliamente la temática de las TRA, la filiación, la determinación de la maternidad, la voluntad procreacional: a) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan estrategias, generando conflictos que podrían ser evitados como una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona b) Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva c) Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz 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 costo d) Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de

discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde dicha práctica está permitida, dando lugar a lo que se denomina “turismo reproductivo”; de allí el interés puesto en la figura por algunos organismos internacionales, como la Convención de la Haya, tal como se ha indicado e) Como se ha señalado, la legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo; la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

En el mismo artículo citado nos anticipa a Comisión de reforma del Código Civil propone incorporar en el título dedicado a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, el siguiente artículo:

“El consentimiento 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 su material genético; (d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; (e) la gestante no ha aportado material genético propio; (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 parido, al menos, un hijo propio. Los médicos no pueden proceder a la implantación de 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”⁴

Como podemos observar, las autoras citadas están plenamente a favor de la regularización de la Maternidad por Sustitución, hacen especial hincapié en la “voluntad procreacional” como fundamento de un tercer tipo de filiación, haciendo la siguiente clasificación de acuerdo a los elementos que determinan el vínculo filial: “en un caso existencia de la relación sexual (filiación por naturaleza); en otro, la compleja situación de vulnerabilidad y voluntad de ser padres (filiación adoptiva); en el tercero, la voluntad procreacional (filiación por TRHA)”. La voluntad procreacional según esta línea de pensamiento es un elemento esencial en la reproducción asistida, consiste en la “decisión” de que nazca un niño, la cual es la causa eficiente, exclusiva e indiscutible de la filiación. *“La filiación corresponde a quien desea ser “parent” (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.”*

Zannoni (1990), postula que la práctica de madres sustitutas, no respeta la unidad de valor en la maternidad y es un peligro autorizarla, ya que sería una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino. Se trataría de una práctica inadmisibles en una sociedad democrática y justa. No acepta este tipo de convenio ya sea título oneroso o gratuito, los considera nulos de nulidad absoluta, las pretensiones de sus usuarios no deberían ser atendidas por la justicia.

A Silvana María Chiapero (2012), le parece incuestionable la nulidad de este tipo de contratación, aun cuando fuese altruista, porque viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio y su contenido es inmoral. Desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas y su indisponibilidad. Para esta autora la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad. Este tipo de práctica obedece a un deseo individual, que se enfrenta al interés superior del niño concebido, el derecho

4 Aida Kelmelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm.. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida. (2012) Bs. As. Recuperado de www.infojus.gov.ar/resource/kbee:/saij-portal/.../CF120032F1.PDF

objetivo no puede consagrar la facultad que una mujer obligue a otra a abandonar un hijo. Un hijo no es propiedad. La voluntad procreacional encuentra su límite en la vida que se inicia y la dignidad del niño concebido. No puede hablarse de un derecho a procrear ya que sería una concepción patrimonialista, debe encausarse dentro del derecho del niño concebido. La ciencia no ha abordado las secuelas psicológicas de estas prácticas.

2.4 Vicisitudes del contrato de Maternidad Subrogada

Hasta aquí hemos esbozado un concepto de contrato de maternidad subrogada, ahora bien independientemente de su licitud, según Silvana María Chiapero (2012, p. 129), según el momento en que se produzca el incumplimiento, se pueden dar diferentes situaciones: “ a) si luego de formalizado el contrato de subrogación, con independencia de su licitud, la mujer alquilada se niega a someterse a la inseminación o a la transferencia del embrión; b) si, luego de formalizado el contrato de subrogación, y efectuada la inseminación o transferencia embrionaria, la mujer se niega a continuar el embarazo una vez lograda la concepción, y c) si, luego de formalizado el contrato, y producida la gestación y alumbramiento, la mujer se niega a entregar a la criatura después del nacimiento”.

En la primera situación, no corresponde la acción por incumplimiento, porque según nuestra legislación estos contratos son nulos, de nulidad absoluta. En caso de ser lícitos estos contratos, por tratarse de un derecho personalísimo sobre el propio cuerpo, no se puede ejecutar forzosamente, solo se puede exigir daños y perjuicios. Así nuestro ordenamiento establece: “si el deudor no quiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses” (art. 629, Cód. Civ.).

En supuesto b, si la madre portadora se niega a continuar el embarazo, esta situación supera la legislación sobre contrato, ya que sería una cuestión penal, debido a que el aborto está tipificado por el Código Penal argentino en su art. 88, entonces la obligación de continuar el embarazo ya no sería contractual sino de carácter público.

Existen legislaciones donde es legal, la interrupción del embarazo, en este caso si la mujer decide abortar, corresponde indemnización económica por daños y perjuicios. En este sentido resolvió el tribunal de primera instancia en el caso “Baby M (Nueva Jersey, Estados Unidos), al reconocer la obligariedad del contrato de maternidad subrogada y el derecho de la sustituta a interrumpir el embarazo, abonando una indemnización, ya que sólo la mujer tiene derecho, constitucionalmente protegido, a determinar la manera en la cual su cuerpo y su persona pueden ser utilizado. En la sentencia mencionada se establece que la clausula que prohíbe el aborto, es nula e inexigible.

Cuando el embarazo llega a término, se puede exigir el cumplimiento del contrato, es decir la entrega del niño o mediante una acción de filiación. Ésta última tendrá diversos matices, según la madre portadora haya aportado o no su óvulo para la fecundación. En caso de que el contrato de subrogación se ilegal, no se podrá exigir judicialmente su cumplimiento. Por otro lado si cabe la acción de filiación, mediante las pruebas de ADN correspondientes. También se puede reclamar en este caso reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cuando es legal el contrato.

2.5 Consentimiento Informado.

Al someterse a la aplicación de una TRA, más en procedimiento Maternidad Subrogada, es necesario que se exprese la voluntad de someterse a dicha técnica con todo lo que ello implica. Gunter Balarezo (1999, p. 30), “el consentimiento informado es una prueba que el procedimiento al cual va a ser sometido el paciente, le ha sido explicado en forma clara y que éste dio su autorización para llevarlo a cabo”. Es fundamental que cada procedimiento tenga un formato que debe ser escrito en lenguaje simple que permita ser entendido por personas que no pertenecen al ámbito biomédico y que no reflejen ambigüedad. El formato del consentimiento consta de tres partes: a) la propuesta o toma de decisión consciente; b) el certificado de consentimiento; c) respeto de la confidencialidad y el anonimato.

El certificado de consentimiento también se lo conoce con el nombre de

“consentimiento informado”, “consentimiento voluntario” o “consentimiento libre” y es un recurso destinado a amparar el derecho que tienen los pacientes a ser informados de los riesgos involucrados en cierta práctica médica. El certificado de consentimiento debe empezar con un resumen de los puntos principales de la propuesta: explicación al sujeto en lengua materna y en términos que puedan ser entendidos, porque hacer el tratamiento, que es lo que se va a hacer, que tipo y probabilidad de alguna molestia anticipada o efecto adverso y si el procedimiento ofrece algún beneficio al sujeto. Es importante que se exprese por escrito y debe ser firmado por el paciente. La ley (26.657 (Ley Nacional de Salud Mental), ley 26.529 (Ley de Derechos del Paciente) y la Convención sobre Derechos de las personas con Discapacidad (ley 26.378), garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado para todo tipo de intervención, y en especial a: recibir información adecuada y comprensible (a través de medios y tecnologías necesarias), a cerca del estado de salud y tratamiento, y alternativas de atención; que la información sea brindada a familiares, allegados y representantes legales de la persona, en caso de que tenga dificultades de comprenderla y así lo convalidare; no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin consentimiento fehaciente. Mediante el consentimiento informado en las prácticas de salud se respeta el principio de no discriminación, la autonomía y la libre determinación, la integridad física y psíquica y la dignidad de toda persona.⁵

⁵ Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Derecho al Consentimiento Informado (2013) Bs.As. Recuperado de <http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-para-la-comunidad/ley-nacional-de-salud-mental-no-26657/85-derecho-al-consentimiento-informado>

3.1 Derecho a procrear

El Diccionario de la Real Academia Española establece que la palabra que proviene del latín (procreare) y significa engendrar, multiplicar una especie. A su vez “engendrar” (latín ingenerare) se acepta como “procrear, propagar la propia especie”. La acepción como preposición del vocablo “pro” nos indica “en favor” de o en beneficio de alguien o algo. Según Juan Mesia Clavel (2006), procrear es precisamente “cooperar a crear: participar activamente a la vez que se recibe como don el fruto de la creatividad”. Cooperar a crear la naturaleza cuando no existen afecciones que impidan la fertilización, y también cooperan con la naturaleza quienes colaboran desde la ciencia ante la infertilidad. Esta cooperación para la creación del nuevo ser se encuentra su más preciada génesis en el derecho a la procreación, (natural o asistida) ensamblado en la libertad que desde la letra de las constituciones se garantiza en las sociedades en la que la democracia se ha instalado. La libertad en los regímenes democráticos actuales tiene dos dimensiones esenciales 1) la que la posibilita el desarrollo libre del sujeto individualmente o a través de los grupos que se integra y 2) la que permite su contribución como ciudadano al desarrollo de la organización social y su participación en los asuntos públicos. En las sociedades democráticas actuales, la libertad se perfila en sus ordenamientos a través de una pluralidad creciente de derechos y libertades concretos que se refieren a aspectos determinados de la vida del hombre, tanto en su dimensión personal como social.

La evolución de los contenidos de los derechos humanos va abriendo camino a la incorporación, en el marco jurídico, de los progresos científicos de la medicina y la genética. En consecuencia, se pueden distinguir cuatro generaciones de derechos. La primera generación está representada por los derechos individuales básicos: La vida, la libertad, la propiedad, la seguridad, que se corresponde con los primeros años

del Estado liberal.

A la segunda generación, segunda mitad del siglo XIX, se suman el sufragio, algunas libertades públicas y el reconocimiento de los grupos. Son los derechos sociales y culturales que requieren del Estado ya no sólo el respeto desde la abstención como los primeros, sino su germanización activa con el baluarte de la igualdad de los ciudadanos.

La tercera generación (coincide con el Estado Social), reconoce los derechos económicos y sociales, salario mínimo, derecho a la educación y vivienda entre otros. Para Bobbio (1991, p.18), “hay una naciente cuarta generación de derechos que comienza su reconocimiento jurídico, cuyo núcleo fundante comprende la libertad, la igualdad como los derechos del ecosistema, de autodeterminación informativa y un conjunto de derechos que, basados en la libertad, la dignidad de la persona, el derecho a la vida, y al intimidad personal y familiar conforman el nuevo estatuto jurídico de la vida como es: las nuevas formas de reproducción humana asistida. La paulatina necesidad de preservar nuevos intereses jurídicos no significa una gradación con preeminencia de un derecho sobre otro derecho”.

Según Andorno (2000), la sola pertenencia al género humano es lo que genera el deber de respeto hacia la persona y el pensamiento moral y jurídico, construido a lo largo de los últimos años en materia de derechos humanos, abonan este concepto de inherencia sólo a la condición humana.

El derecho a la reproducción tiene su fundamento en la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes, y si bien no está expresamente contemplado en nuestra Constitución, se funda en la consagración de la Libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

No hay una formulación explícita del derecho a procrear, pues este surge del derecho a fundar una familia.

Como afirma Roberto Clarke: “...Sean fecundados y multiplíquense: la falta de hijo, constituye una herida profunda, no sólo en lo afectivo y en lo personal sino que incide seriamente en el plano social. El hijo es también la seguridad de vencer en cierta forma la muerte, a quién burlamos al asumir nuestra descendencia, al crear un

ser a nuestra imagen y a su vez perpetuar su imagen en otros tantos eslabones de una escalera esencial. Con el hijo la norma está respetada, el orden reina” (Robert Clarke “hijos de la ciencia”, Emecé, Bs As, p. 37).

Es importante destacar que el matrimonio y la familia son dos realidades diferentes. El matrimonio es una relación que une a dos personas y que las vincula social y económica y jurídicamente, pero no genera automáticamente una familia. En general, para que un matrimonio se convierta en familia es necesario un elemento más, representado, en la mayoría de los casos por la descendencia.

Como nos enseña Zannoni (1998), la familia se registra en la constitución de relaciones cuya base biológica (unión sexual y procreación) son objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura. El matrimonio es una de estas relaciones cuyo sustrato se proyecta en la institucionalización de la unión intersexual monogámica.

Para el Derecho la familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. La familia es, entonces, el concepto más amplio que el matrimonio, ya que cabe reconocer jurídicamente diversos supuestos en que el varón y mujer, sin perfeccionar el emplazamiento en el estado conyugal, en los hechos asumen una convivencia de cierta estabilidad y permanencia.

El paradigma de familia tradicional se encuentra abriendo paso a las nuevas constituciones de familia, como la familia ensamblada o reconstruida, que reconoce vínculos precedentes de dos o más uniones conyugales; la familia monoparental en la cual hombres y mujeres que no forman parte de una pareja estable deciden adoptar en sus condiciones; unión de personas del mismo sexo, y también la mujer sola, que decide recurrir a la fertilización asistida para formar una familia.

En consecuencia, el derecho a la reproducción, si bien encuentra su fundamento en el derecho a formar una familia, no se agota en el matrimonio que es una relación institucionalizada.

En la Declaración de los Universal de los Derechos Humanos, emitida en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, su art 16, par

1º, consigna: “Los hombres y mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) establece “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si se tiene edad para ello”.

La Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede el 22 de octubre de 1983, trata en forma expresa la función procreativa dentro del matrimonio y se sintetizan formulas precisas de la doctrina eclesiástica sobre el ejercicio humano de la procreación; su artículo 3 establece: “Los esposos tienen derecho inalienable de formar una familia y decidir sobre el intervalo de los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismo, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de acuerdo con el orden moral”.

Agrega: “Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas que tratan de limitar de algún modo la libertad de los esposos en decisiones acerca de sus hijos constituyen una ofensa grave a la dignidad humana y la justicia.”

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, y aprobada por la ley 23.179 por nuestro país, establece en su art 11, primera parte: “Los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas del empleo a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular 1) el derecho a la protección de la salud, y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.” Art 12 inc. 1º: Se adoptaran todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de atención médica a fin de asegurar el acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

La ley 26.171 de diciembre de 2006, ratifica el Protocolo Adicional a la Convención para la eliminación, que habilita a recurrir ante el Comité de la Cedaw (sigla con la que se identifica a la convención) para hacer efectivos los derechos

consagrados.

Este instrumento se suma a los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, señalizando una ruta positiva que tiende a reducir la injusticia que significa la discriminación de la mujer en general, y respecto a su derecho a la procreación particular.

La CN establece en su Art 31, expresa que los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación. Así mismo, el inc. 22 del art 75 se establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

El derecho a la procreación se relaciona con los derechos consagrados en el art 42 de la CN, con el derecho a la protección de la salud y con el derecho a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, en cuanto las parejas que necesitan recurrir a los médicos para procurar con su ayuda su reproducción tienen estos derechos reconocidos constitucionalmente, ya que son usuarios de los servicios prestados por las técnicas de fertilización asistida para obtener su salud reproductiva, en base al derecho de libertad de elección que el mismo artículo contempla.

En conclusión:

El derecho a la procreación como parte inseparable del derecho a fundar una familia que está consagrado en nuestra Constitución en el ámbito de la libertad individual y en las declaraciones, pactos y que también lo consagran.

3.2 Derecho al Propio cuerpo

Los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran, respecto de ella en una relación de íntima conexión, orgánica e integral.

El derecho a la disposición del propio cuerpo humano se entiende en consecuencia como un derecho personalísimo, como la facultad de la personas físicas para realizar y autorizar con arreglo al orden jurídico, todo acto sobre la entidad físico-somática.

Los derechos fundamentales representan el modo contemporáneo de la doctrina de los derechos naturales, constituyendo un nivel de ideales del ordenamiento

jurídico que va penetrando progresivamente hacia la positivización.

Por ello, es de fundamental importancia atribuir especial significación al reconocimiento del derecho a disposición del cuerpo en tanto se enfoca en el ámbito más extenso de la libertad, en el que se torna menester conferir a la persona participativamente un rol cada vez más extenso en la toma de decisiones que conciernen tanto al interés personal como general.

En este orden de ideas, la decisión de acceder a las técnicas de reproducción en el marco de la dignidad inherente, se constituye como una de las expresiones de los derechos fundamentales de los que se deriva el mentado derecho a la reproducción y con incidencia particular en el derecho al cuerpo.

Como establece Rivera (2000, p. 9) el derecho al propio cuerpo es un derecho personalismo y, como tal, un derecho inherente a la persona. Recordemos que los derechos personalísimos son derechos “subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y por, inherentes, extramatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.”

Según Cifuentes (1995), el cuerpo humano es el sustractum de la persona, la esencia que la constituye como tal. El hombre es corpóreo porque, fundamentalmente, es desde y por su cuerpo.

Consecuentemente, entendemos que la persona es quien determine sobre su propio cuerpo la decisión de utilizar las técnicas de fertilización asistida, determinación que constituye su prerrogativa, en pro del derecho a la reproducción.

3.3 Derecho a la Identidad del Niño

Aquí se involucra el derecho a la identidad del nacido con técnicas de reproducción asistida.

El derecho a la identidad personal encuentra su brote jurídico en la jurisprudencia italiana al establecer como objeto de tutela aquella parte de la identidad que se proyecta socialmente, la identidad compartida en interferencia con los demás, identidad comunicada dentro de la trama social.

Según Zannoni (2001, p. 183) la identidad personal, desde su perspectiva jurídica se advierten tres dimensiones: “1) identidad personal en referencia a la realidad biológica, dentro de la que se puede distinguir, a) identidad genética, b) identidad filiatoria; 2) identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona, y 3) identidad personal en referencia a la realidad existencial”.

En esta clasificación tripartita de la identidad, en lo que se refiere a fertilización asistida, es problemática la primera clasificación “realidad biológica” y sus repercusiones en la identidad filiatoria.

Para Ferrer (1996, p. 189 y ss.),” la identidad personal supone ser uno mismo y no otro; esa “mismidad” se constituye desde la raíz propia de la existencia y es la experiencia que permite a la persona decir “yo” como un centro organizador activo de la estructura de todas las actividades reales y potenciales, categoría del yo que se refiere a la categoría del ser”, como apunta Erich Fromm (1987) , en la que los datos genéticos constituyen el inicio de la realidad biológica dando lugar a la dimensión genética de la identidad.

Los datos genéticos que constituyen la identidad genética de la persona pueden no ser concordantes con la identidad filiatoria, tal como lo advirtiera Díaz de Guijarro (1953), discordancia de los vínculos biológicos y jurídicos, como sucede en la adopción.

Hoy con las nuevas técnicas de reproducción asistida hay discordancia en los niños nacidos con la aplicación de estas, cuando existe aporte de dador o dadora. Según el Dr. Petrachhi, expresa el derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en la cual está comprometida la dignidad personal.

En el considerando décimo de su sentencia expresa: “El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que es reamente, lo que todo sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que permita optar por proyectos de vida elegidos desde la libertad. Pues esta es (finalmente) la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad esta obstruido.”(Oteiza, Eduardo, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el

derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales”, LL, 1991- E, p. 891, secc. Doctrina.)

El derecho a la identidad está íntimamente relacionado con el derecho a la dignidad, cuya tutela la CN garantiza.

La dignidad humana, como afirma Ekmekdjian (1999), en un sentido restringido es el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano y con todos los atributos de la humanidad, cuyo reconocimiento implícito surge del art 33, CN.

Si bien nuestro régimen de filiación se caracteriza por el prevalecimiento de la identidad biológica como presupuesto del estado filiatorio, la fertilización asistida con participación de dador de gametos no puede responder a este esquema de concordancia pura ya que el propio dador o dadora no posee voluntad procreacional y en consecuencia no tiene derechos en mira adquirir derechos ni contraer obligaciones emergentes de una relación filial.

Según Bossert (1985) la dación de material genético agota la obligación de la dación, es decir que al desprenderse del material fecundante el dador abdica de su paternidad genética. Éste desprendimiento implica no solo la dación del material genético por parte del dador sino que también comprende la clara situación jurídica de los receptores, quienes resultan ser los involucrados en el compromiso que implica la voluntad procreacional.

Debemos dar especial consideración al fundamento institucional de la filiación en los casos de fecundación heteróloga que, conforme señala Zannoni, está determinado por el consentimiento de la fecundación.

La voluntad procreacional ante la infertilidad, se constituye en el supuesto jurídico que sustenta la determinación de la paternidad o maternidad, en su caso.

El origen del vínculo jurídico (ósea su identidad filiatoria) al no tener convergencia con la identidad genética tampoco tendrá su núcleo fundante en lo biológico, sino que se fundará y se constituirá a partir de lo social.

En este orden de ideas tenemos varios intervinientes en esta situación: a) donante del material genético, que tiene derecho a la intimidad, ósea a permanecer en

el anonimato, por otro le asiste si se quiere el derecho a conocer el destino de su material genético; b) derecho del niño nacido mediante técnicas de fertilización asistida heterólogas a conocer su realidad biológica.

En el primer caso el donante debe conocer y tener plena conciencia de la consecuencia que derivan de la donación de material genético.

Y en el segundo caso el niño tiene derecho al conocimiento de la existencia de un dador genético, mas no podrá reclamar su paternidad o maternidad, ya que esta persona no tenía voluntad procreacional y además se estaría violando el derecho a la privacidad (anonimato).

El fundamento sería que el estado de familia debe quedar determinado en un momento determinado (pues la estabilidad es uno de sus caracteres), de lo contrario el derecho a la identidad encerraría su autodestrucción si los vínculos familiares nunca quedaran definidos y fueran siempre, posibles de controversia.

3.4 El Derecho a la Salud y las Técnicas de Reproducción Asistida.

Para Soto (1990), esa capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse, que denominamos “fertilidad” encuentra su valladar en la connotación de la disfuncionalidad de reproducción que llamamos “infertilidad”. La reproducción se define como la propiedad que poseen los seres vivos de dar origen a otros seres de características semejantes así mismos, orientada a la conservación de la especie, su cara inversa es la “esterilidad”.

Como señala Vidal (1994), la infertilidad debe ser considerada desde la medicina como un proceso patológico que implica una disfunción que debe ser objeto de tratamiento, sea éste curativo o sustitutivo, con el objeto de lograr descendencia y restablecer el equilibrio psicofísico de quiénes lo sufren.

En este orden de ideas, la esterilidad es una enfermedad, o consecuencia de una enfermedad con sus componentes físicos, psíquicos e, incluso, sociales, por ello todo procedimiento dirigido a remediarla se debe considerar terapéutica.

El vocablo “enfermedad” es definido por Diccionario de la Real Academia Española en su primera acepción, como alteración más o menos grave en la salud. La

salud es un estado de bienestar físico, psíquico y social, tal como lo define la Organización Mundial de la Salud.

El acceso a las técnicas de fertilización asistida a todas las personas que padezcan infertilidad tiene que ser democratizado a toda la población infértil como vía de realización del derecho a la Salud.

German Bidart Campos (2000), nos enseña que el constitucionalismo social fue añadiendo nuevos complementos a los clásicos derechos individuales, exigiendo a la doctrina reacomodar a la salud en un escenario distinto y novedoso. Un escenario en que al Estado hoy se le agrega la obligación de dar y hacer algo para cuidar la salud y promoverla con prestaciones positivas y medidas de acciones positivas. Atrás quedo la sola obligación estatal de no dañar la Salud. La salud es un bien jurídico de naturaleza y rango constitucional, que también en las relaciones entre particulares deja espacio más que suficiente para la presencia del Estado. De allí que la garantía al acceso a las técnicas de fertilización asistida no se agota en el Estado a través de la salud pública, sino que el propio Estado se constituye con su presencia activa en las relaciones de particulares en las que se involucra la salud reproductiva, implementando y controlando que las empresas de medicina prepaga y las obras sociales posibiliten el acceso a las técnicas de fertilización asistida.

Siguiendo al autor citado, la reforma constitucional de 1994 ha incorporado a su sistema axiológico un cúmulo de pautas a través de todo su articulado que, circulan y se realimentan, de allí que le permite inferir que todo lo que a la salud concierne recibe valores y principios como equidad, solidaridad, desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades.

Así, en el inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina establece la promoción de medidas de acciones positivas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ella y por los tratados internacionales vigentes. Esas medidas de acción positiva resultan de las obligaciones del estado de hacer y dar en cuanto al acceso a las técnicas de fertilización asistida en el marco del derecho a la salud reproductiva y como eje visceral el derecho a la salud que nuestra Carta magna consagra en el

estado de democracia social.

Bidart Campos nos dice “la salud no egresó de los derechos personales, ni canceló el deber de abstenerse de dañarla, pero requirió, como derecho viejo, contenidos nuevos”, y dentro de esos contenidos nuevos la Salud reproductiva en particular ocupa un espacio que se articula con prestaciones y medidas positivas.

4.1 Legislación sobre Maternidad Subrogada en Rusia

Existen muy pocos países en el mundo donde alquilar un vientre es legal, Rusia es uno de ellos desde el año 1995, aquí mencionaremos los aspectos legales relevantes de dicha legislación, una de las clínicas más importantes de dicho país nos proporciona la siguiente información:

“La Federación de Rusia es uno de los pocos países f en los que el alquiler de vientres es absolutamente legítimo y va regulado por la legislación vigente. Los aspectos legales de la gestación subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3), la Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35) y la Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5)”.

La legislación establece que pueden ser madres de alquiler sólo las mujeres entre 29 y 35 años de edad. Deben tener al menos, un hijo propio sano, una buena salud. Antes de que se ponga en marcha un programa de gestación subrogada, los promotores del mismo y la madre de alquiler deben otorgar por escrito su consentimiento informado para la adhesión al programa y concertar un contrato de prestación de servicios médicos.

Tras el nacimiento del niño, la madre sustituta debe dar su autorización para que los promotores sean inscritos por el Registro Civil como padres del nacido.

Para acudir a un programa de gestación por sustitución debe concurrir alguna de las indicaciones médicas especificadas en la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003. Su lista es bastante extensa. Sin embargo, las indicaciones incondicionales son las siguientes: ausencia del útero, sinequias o adhesiones en el útero que carecen de tratamientos, enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación, reiterados intentos fallidos de FIV cuando, pese a haberse obtenido

embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.

Estudios en la madre subrogada debe realizarse estudios de salud en general que comprenden la usencia de enfermedades de transmisión sexual y su capacidad de engendrar.

Los padres promotores también deben realizarse estudios previos idénticos a los de la futura madre portadora, que también incluyen pruebas de enfermedades de transmisión sexual, exámenes ginecológicos en general. En ciertos casos la legislación provee casos en los cuales es posible la donación de óvulos, cuando la madre subrogada no puede generarlos naturalmente.

Fases del programa: Selección de la madre de alquiler, sincronización de los ciclos de la madre genética y la de alquiler, estimulación ovárica, monitorización de la foliculogénesis y la formación del endometrio, obtención de los ovocitos mediante punción ovárica, obtención del semen, fertilización de los ovocitos y cultivo de los embriones in vitro; transferencia de los embriones a la cavidad uterina, apoyo de la fase lútea del ciclo menstrual inducido, diagnóstico temprano del embarazo, seguimiento del embarazo .⁶

4.2 Maternidad Subrogada y Alquiler de vientres. Derecho comparado

Silvana María Chiapero (2012), distingue dos tipos de corrientes legislativas en el derecho comparado, por un lado la que hace hincapié en el derecho a la salud reproductiva, más propia del derecho anglosajón, que está abierta a la procreación asistida, como forma alternativa de llegar a fundar una familia tradicional. Por otra parte están las legislaciones más conservadoras, más cerradas que se presentan como más exhibicionistas. Priorizan el interés del niño nacido producto de técnicas de fertilización asistida, se tiene a evitar la artificialización de la familia.

Maternidad Subrogada y Alquiler de vientres en Chile

⁶ Vita Nova. Clínica de reproducción asistida. Gestación Subrogada Aspectos legales. Rusia. (2013) Recuperado de <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

En Chile no existe una norma que prohíba expresamente la maternidad subrogada, como sucede en otros países. Su ley de filiación al igual que en Argentina establece que la madre es la que da a luz al niño. Tampoco existe la posibilidad de la adopción directa, es decir la posibilidad de acordar entre los padres del niño y los adoptantes sin la intervención de una institución estatal, en este caso Sename (Servicio Nacional de Menores de Chile). Sin embargo, se pueden encontrar disposiciones legales que hacen referencia a las técnicas de reproducción asistida como ocurre con el artículo 182 del Código Civil chileno, incorporado por la ley 19.585 de 1998, el cual dispone que: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.” Como se puede observar, la norma sólo se limita a establecer los efectos filiativos derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pero nada señala acerca de los alcances y límites de éstas. No obstante, de la lectura de la norma antes transcrita, se pueden desprender las siguientes conclusiones: Se excluye cualquier efecto filiativo respecto del hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida a parejas homosexuales, al señalar la norma: “...el hombre y la mujer que se sometieron aquellas.” (Art. 182, Cód. Civ. chileno). No se realiza distinción alguna respecto a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, permitiendo el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer. En el inciso 2º del art. 182 del Cód. Civil chileno, al señalar “ni reclamarse una distinta” reconoce la intervención de un tercero en la fecundación, es decir, a un donante, dando cabida a la fecundación heteróloga.

Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientres en España

La ley española 35 (ley 35/1988 de Reproducción Humana Asistida), del 22 de noviembre de 1988, al igual que la actual ley 14 (ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida), del 26 de mayo de 2006, que la deroga, mantiene el criterio prohibitivo de la maternidad subrogada por sustitución. Si bien es una legislación

prohibitiva, en los últimos años permitió el registro de niños nacidos en otros países. El actual art. 10 de la ley 14 prohíbe expresamente, la gestación por sustitución en los siguientes términos: “art. 10: Gestación por sustitución. 1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero. 2) la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a la reglas generales”.

En el año 1997 se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida. Se trata de “un órgano colegiado definido como de carácter permanente y consultivo en su propio decreto de constitución, fue prevista en el artículo 21 Ley 35/1988, de 22 de noviembre por la que se regulan las técnicas de reproducción humana asistida, para orientar acerca de la utilización de esas técnicas y colaborar con las Administraciones Públicas Sanitarias en lo relativo a dichas técnicas y sus derivaciones científicas”. La creación de este organismo ha significado un aporte importante en la discusión de las materias relacionadas con las técnicas reproducción asistida en España, debido a la especialización de dicho organismo, que además de establecer criterios jurídicos y éticos para la procedencia de las técnicas de reproducción asistida, cuenta con una Comisión Técnica Permanente de cinco miembros, los cuales aportan los conocimientos científicos necesarios para la mejor comprensión y toma de decisiones en los temas de su competencia.

Maternidad subrogada y Alquiler de Vientres en India

En india, la comercialización de la reproducción asistida en todos sus formatos, se legalizó en el 2002. Por lo cual este país se ha convertido en un país que atrae el turismo reproductivo de gran parte del mundo. La india solo exige que los países de origen de las parejas emitan un certificado oficial que reconozca a la maternidad subrogada como una práctica legal en su territorio. Este último cambio en la legislación india provocó que en el 2013 una pareja de españoles, no pueda regresar

con los niños nacidos en la india producto de un alquiler de vientres, debido a que España no puede emitir dicho certificado. A su vez la legislación india estableció que las parejas que pretenden acceder a este tipo de programa de reproducción, deben ser heterosexuales, llevar dos años de casados, tener un visado médico para ingresar a la india.

Las empresas indias están preparadas para ofrecer este servicio por lo que cuentan con todos los resquicios legales para asegurarle a los clientes que la mujer contratada no podrá realizar ningún tipo de demanda para quedarse con el bebé. Uno de los resguardos legales para los “padres clientes”, según los lineamientos emitidos por el Consejo Indio de Investigación Médica, las madres sustitutas firman un documento por el cual renuncian a los derechos sobre cualquier hijo. Su nombre ni siquiera aparece en el acta de nacimiento.

Maternidad Subrogada y Alquiler de Vientre en Brasil

En enero de 2011 se admitió la posibilidad de procrear a merced de un “vientre solidario”, la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

Maternidad Subroga y Alquiler de Vientres en Estados Unidos.

En los Estados Unidos de América no existe unanimidad de criterios

legislativos ni jurisprudenciales en los distintos estados. En sus orígenes, la opinión generalizada fue desfavorable a éstas prácticas, virando paulatinamente hacia la admisión, a condición que sea gratuita o benévola (fines altruistas), para finalmente admitirla en algunos Estados tanto la práctica gratuita como la onerosa, con ciertas condiciones.

En Kentucky, en enero de 1981 el procurador general emitió opinión, en la cual sostuvo que los contratos de maternidad subrogada son ilegales y por lo tanto inexistente en el Estado, fundamentando su opinión en la política pública estatal contraria al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor en adopción (baby Buying) y, además, en una ley que prohibía consentir en la adopción de niños antes del nacimiento de la criatura.

Por aplicación de la ley contra la esclavitud, en Texas resulta vedado el procedimiento.

La maternidad subrogada se encuentra prohibida expresamente en Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York.

California es considerado el Estado más liberal en esta materia, donde las parejas pueden recurrir a la maternidad subrogada a través de una agencia o de forma particular. La agencia más importante en este campo es Center for Surrogating Parenting, la cual ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios. De acuerdo con la legislación californiana, el dinero que recibiría la madre gestante no correspondería a un “pago” contractual, sino a una “compensación” por todos los gastos que implica un embarazo. Se permite, además, la inscripción del nacimiento y de la filiación de los padres que han acudido a la figura de la maternidad subrogada en la Dirección Registral Californiana sin que sea impedimento para ello que los padres sean heterosexuales u homosexuales.

Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan. Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo.”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la

celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, más allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En este caso, se sostuvo que la maternidad subrogada es moralmente repugnante en razón de que en ella el móvil es el dinero y no el amor, lo que pervierte la relación que debe existir entre una mujer y un hijo. Es así que en la Surrogacy Arrangements Act, de 1985, se prohíbe la publicidad y gestión comercial encaminada a fomentar y a ayudar a que se convenga un acuerdo o contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, mediante la recomendación 54 se señala que a las legislaciones deben otorgar la maternidad a la mujer de quien nazca el niño y que el “donante de óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño”. Actualmente la ley británica permite los procesos de subrogación uterina con restricciones como son: que se debe tratar de británicos y deben residir en el país.

Francia

En este país el proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional Francesa el 18 de mayo de 1984, en su art. 2º proclama la nulidad de pleno derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer”. La ley francesa “Code de la Santé Publique” prohíbe la maternidad subrogada. Sin embargo, existe un proyecto de ley en estudio para legislar el tema de las “madres de alquiler”, a raíz de que se han presentado situaciones reales. Silvana María Chiapero (2012, p. 110) cita el caso en el cual el 25 de octubre de 2007 la justicia reconoció a Sylvie et Dominique sus derechos como “padres” de las gemelas que tuvieron gracias a una madre de alquiler californiana.

Los políticos franceses comprendieron que es necesaria una legislación.

Suecia

La Comisión nombrada por el gobierno en diciembre de 1981 para el estudio de la inseminación artificial y fecundación in vitro, cuyo informe sirviera de base para la ley que entro en vigor en marzo de 1985, consideró a la maternidad en sustitución como indeseable fenómeno, porque los niños son tratados como objetos de comercio, los cual éticamente indefendible.

Australia

El estado de Victoria es el único que ha legislado, por la Infertility Medical Procedures Act, 1984, la nulidad de un contrato de maternidad subrogada.

5.1 Internacional

Caso "Baby M". Estados Unidos. 10 de octubre de 1998

Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, o sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela "a título provisorio y para su salud moral". Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial.

El primer juez que entendió en el asunto planteó que lo más importante era el bienestar de la criatura, su estabilidad psicológica, emotiva y el desarrollo de la personalidad del modo menos traumático. Sobre el acuerdo entre las partes estableció la validez del convenio sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. También sostuvo el derecho a procrear de los esposos, como un derecho civil básico del hombre. Por lo cual obligo a la madre gestante a entregar la criatura al matrimonio contratante.

Esta decisión fue apelada en 1988, Tribunal Supremo de Nueva Jersey, resolvió por unanimidad la invalidez e inexigibilidad del contrato de subrogación, por ser contrario a la ley y al interés público. Declaro que la madre genética es la madre de la criatura, aunque la guarda fue entregada a los Stern por su situación económica. Restituyó a la madre sustituta, sus derechos y obligaciones, estableciendo un régimen

de visitas.⁷

Caso “Johnson vs. Calvert”, Corte suprema de california 1993.

Mark y Crispina Calvert, era un matrimonio que deseaba tener un hijo, pero la mujer fue obligada a hacerse una histerectomía en 1984. Ella seguía en condiciones de producir óvulos, por lo cual se plantearon la posibilidad recurrir a una madre sustituta. Ana Jhonson, se ofreció para ser madre sustituta de los Calvert.

El 15 de enero de 1989, Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato en el cual se establecía que el embrión creado por el esperma de Mark y un óvulo de Crispina sería implantado en Anna, y que el niño que naciera sería llevado a al hogar de los Calvert, como hijo de ellos.

Anna estuvo de acuerdo den renunciar a todos sus derechos como madre” respecto del niño a favor de los esposos Calvert. Como contraprestación, se pagaría a Anna la suma de diez mil dólares en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, los Calvert se comprometieron a pagar seguro de vida a favor de Anna.

El cigoto fue implantado el 19 de enero de 1990, pero durante el embarazo las relaciones entre los contratantes se fueron deteriorando. Mark se enteró de que Anna había ocultado embarazos anteriores fracasados y varios partos en los que el niño había nacido muerto. Anna se quejaba de los términos del contrato de seguro y alegó haberse sentido abandonada durante los comienzos de los dolores prematuros.

En julio de 1990, Anna, exigió el pago del saldo, de lo contrario se rehusaría a entregar el niño al alumbramiento.

Los esposos Calvert constaron con una acción legal, por la que solicitaban que los declararan padres legales del niño que aún no había nacido. Por otro lado Anna inició una acción, por la que solicitaba que se le declarara madre del niño. Ambas

7 “Baby m.” Corte Suprema de Nueva Jersey Estados Unidos, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227 (2008) Recuperado <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com.ar/2008/08/maternidad-subgrada-francois-chabas.html>

casos fueron unificados. El niño nació el 19 de septiembre de 1990 y las muestras de sangre descartaron que Anna fuera la madre genética, por lo que el tribunal dispuso que el niño fuera entregado provisoriamente a los esposos Calvert, con régimen de visitas a favor de Anna.

El primer juez resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre genéticos, biológicos y naturales, y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible y por lo tanto suspendió el régimen de visitas a favor de Anna.

La corte suprema de California entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad celebrado entre partes. La maternidad no se establece por el parto, ni por la realidad genética, sino por la intención de Mark y Crispina de traer un hijo al mundo, siendo esta la causa eficiente del contrato.

Estos dos fallos a pesar de pertenecer ambos a la jurisprudencia del mismo país, tienen decisiones contrarias. Podemos advertir que no se presenta la misma situación en los dos. Ya que en el primer caso, la madre portadora había aportado material genético y en la segunda no. La primera decisión hizo hincapié en este elemento. En cambio en el segundo la decisión se basó en la voluntad procreacional.⁸

Colombia Corte Constitucional 2009

Hay que aclarar que en el presente caso de estudio los nombres reales no han sido revelados por cuestiones de protección de la intimidad de las partes involucradas.

La pareja residente en Estados Unidos conformada por Salomón, colombiano, y Raquel, dominicana, deseaban ser padres, por lo tanto, buscaron un centro de reproducción asistida en Colombia, por intermedio del cual contactaron a Sarai.

Inicialmente a Sarai le implantaron óvulos de Raquel, pero el tratamiento falló, de manera que volvieron a intentarlo utilizando los óvulos de Sarai y los

⁸ S.C.J. de California, Estados Unidos, 20-5-93, "Johnson c/Calvert", J:A: 1995-I-440; comentado por Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M, La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica (2008). Recuperado de <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com.ar/2008/08/maternidad-subrograda-francois-chabas.html>

espermatozoides de Salomón. Sarai quedó embarazada de gemelos, y Salomón le giraba mensualmente una suma para manutención y gastos médicos.

En marzo de 2006 Sarai dio a luz a dos gemelos y en diciembre del mismo año el Instituto de Bienestar Familiar le retiró la custodia de los menores y se la asignó de forma provisional a la tía paterna, porque los niños padecían de una afección gripal derivada del entorno en que se encontraba ubicada la casa de Sarai.

Salomón entabló procesos de privación de custodia y patria potestad en contra de Sarai.

Posteriormente Salomón presentó una demanda de permiso de salida del país de los menores. El Juez Décimo de Familia de la ciudad de Cali decidió otorgar el permiso de salida considerando que entre Salomón y Raquel hubo un contrato de alquiler de vientre. De acuerdo con el Tribunal, Sarai estaba obligada a entregar a los niños luego del parto pero incumplió el contrato porque las autoridades de protección de la infancia otorgaron la custodia provisional de los niños a la tía paterna en razón de la situación de salud de éstos, por las difíciles condiciones económicas de Sarai y puesto que en su concepto, Salomón había hecho muchos esfuerzos para lograr la concepción de sus hijos.

Sarai decidió cambiar de domicilio para mejorar las condiciones de vida para sus hijos, su madre y su hija mayor. Mientras duró la separación provisional, visitó constantemente a sus hijos en la casa de la tía paterna.

Sarai interpuso una acción de tutela en contra de la decisión porque el Juez no tuvo en cuenta los informes en los que se concluía que los niños no debían ser separados de la madre que había cambiado de residencia, así como tampoco que se encontraban pendientes de resolución los procesos de custodia y patria potestad.

En 2008 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, dejó sin efectos la sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali por falta de material probatorio e insuficiente argumentación para tomar su decisión. La sentencia del Tribunal fue confirmada a su vez, por la Corte Suprema de Justicia.

El Juez Décimo de Familia de Cali emitió una nueva sentencia en julio de 2009

en donde negó el permiso de salida del país pero mantuvo las consideraciones acerca de la incapacidad de Sarai para asumir la custodia de los menores. Como la nueva sentencia no se expidió en el término ordenado, el juez fue notificado del incidente de desacato en su contra y procedió a revocar la sentencia de julio y a emitir otra en septiembre de 2009, en que negó el permiso de salida del país de los menores y reiteró que los niños se encontraban en perfectas condiciones con el padre.

Salomón presentó acción de tutela en contra de las decisiones que negaron el permiso de salida, fallada a su favor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sala de Familia, que dejó sin efecto la sentencia de septiembre de 2009. La decisión del Tribunal fue revocada por la Corte Suprema de Justicia.

El caso llegó a revisión de la Corte Constitucional que seleccionó directamente el caso.

Razonamientos de la Corte, consideró que los derechos de los niños tienen una protección reforzada y tienen prevalencia desde el punto de vista constitucional. La familia es una de las condiciones necesarias para la satisfacción de tales derechos, por lo que una decisión tan drástica como la de separación de los menores de su núcleo familiar no puede darse simplemente con base en razón de la pobreza o las condiciones exclusivamente económicas de la familia, pues esto constituiría una medida discriminatoria. Por el contrario, deben existir otros motivos adicionales y de suficiente gravedad.

Al analizar el proceso de suspensión provisional de la custodia de Sarai, la Corte encontró que no se practicaron “las pruebas y dictámenes médicos indispensables para proceder a una determinación tan drástica, como lo es la separación de dos bebés de nueve meses de edad del cuidado y amor de su madre”. Además no se encontró probado ninguno de los criterios que dan lugar a una decisión automática de separación de menores de su núcleo familiar, y por el contrario, los informes acreditaban que estaban en buenas condiciones de salud y alimentación. En cuanto a las consideraciones expuestas por el juez de familia que inicialmente otorgó el permiso de salida indefinida del país de los menores, expresó la Corte que el contrato de alquiler no está previsto en el derecho colombiano, y los criterios dados

por la doctrina para que se configure tal tipo de contrato no se cumplían en este caso porque el proceso de fecundación y gestación se dio con los óvulos de Sarai, lo que la constituía en su madre biológica. Además, que aún en el caso de que tal contrato hubiera existido, desde el 2005, durante la gestación, Sarai ya había anunciado a Salomón la decisión de mantener la custodia de los niños.

Para la Corte, el Juez de familia decidió la solicitud de permiso de salida del país de los menores partiendo “de la base de la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre”, “prejuicio anticipado” que lo condujo a tomar una decisión en contra del interés superior de los menores.

Para la Corte, el Juez de familia decidió la solicitud de permiso de salida del país de los menores partiendo “de la base de la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre”, “prejuicio anticipado” que lo condujo a tomar una decisión en contra del interés superior de los menores. En segundo lugar, ordenó medidas de protección encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de Sarai, mientras se decidían los procesos de pérdida de la custodia y de pérdida de la patria potestad, para lo cual se estableció un régimen de visitas.

En esta sentencia se pronuncian decisiones contradictorias. En primer lugar se reconoce la existencia de un contrato de alquiler de vientres verbal, y que la madre portadora habría incumplido. Si bien, se establece que dicho contrato no está regulado por el derecho colombiano, tampoco está prohibido expresamente, por lo cual la doctrina estableció que en este tipo de contrato la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. La Constitución Nacional de Colombia en su art 42 establece: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.”

En el presente si bien existía un convenio, la madre portado había aportado óvulo, por lo cual era la madre genética, no era un caso de alquiler de vientres, por lo cual el tribunal entendió que ella tenía derechos sobre los niños y que era una

cuestión de custodia y patria potestad la que debía resolverse.⁹

5.2 Nacional

Sentencia del 14/04/2010 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos.

Una mujer que había aportado un óvulo en un procedimiento de fecundación in vitro que luego se implanto en otra mujer, reclama la impugnación de la maternidad de ésta última que dio a luz al niño y por lo tanto figura como madre legal en la partida de nacimiento. En primera instancia consideran improcedente el reclamo de impugnación de la filiación, fundando su decisión en el art. 262 de Código Civil que establece que la mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo. La actora apeló esta resolución alegando obstrucción al acceso a la justicia y a la verdad objetiva. La Cámara resolvió revocar la sentencia de primera instancia con acuerdo al art 261 que establece “La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo” y el art 262 “La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido, sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque interés legítimo...”, volvió los autos al tribunal recurrido, para que resuelva nuevamente.¹⁰

Inscripción de un niño como hijo de una pareja de homosexuales, producto de un alquiler de vientres efectuado en la India. (2012)

Carlos Grinblat y Alejandro Dermgerd, inscribió el 30 de julio de 2012, a Tobías como su hijo en el registro civil de la capital argentina, un niño nacido en la India, donde la pareja realizó un procedimiento de gestación por sustitución. El niño

9 Corte suprema de Colombia. Bogotá. Sentencia T – 968/09 (2009) Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

10 14/04/ 2010, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos, en autos “B.M.A c/ F.C.C.R” recuperado de

<http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>

es hijo biológico de uno de ellos, ya que se aportó su material genético. Este fue el primer caso de inscripción de un niño, cuyos padres son homosexuales y producto de un alquiler de vientres, donde se reconoce la copaternidad registral, donde se valoró la voluntad procreacional.¹¹

Inscripción del nacimiento de una niña producto de una gestación por sustitución. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Juzgado Nacional Primera Instancia. Junio 2013.

En este caso los actores, cuyos nombres reales se protegen, ante la imposibilidad de concebir recurrieron a la denominada “gestación por sustitución”, producto de esta nació una niña. Ambos actores aportaron material genético y luego se implanto el embrión en una mujer que no reclama la maternidad, por lo cual ellos reclamaron la inscripción en el registro de la personas como su hija.

La madre gestante era una amiga del matrimonio, que conocía los intentos frustrados por ser padres, y se ofreció a ser madre portadora, sin recibir retribución alguna, solo la cobertura médica. La misma ya era madre de dos hijos y al momento de llevar a cabo el procedimiento se encontraba separada del padre de los mismos.

Ante el pedido realizado por los actores y consentido por la madre portadores, los magistrados fundamentaron su decisión en los siguientes argumentos. La determinación de la Maternidad en el Derecho Argentino se rige por el principio Mater Semper Certa Est, es decir la madre es siempre cierta. Así, como es sabido y conforme surge de las disposiciones del Código Civil en el art.242 y lo dispuesto en lo pertinente por la Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884 esta es la línea que surge de nuestro ordenamiento legal, por sobre el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación. Así, establece la primera norma citada que “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado

11 Sabrina Amendola. 1/08/12. Paternidad por partida doble. Diario Página/12. Bs. As. Versión digital. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200027-2012-08-01.html>

del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido”.

En la República Argentina no se encuentra regulada ni prohibida expresamente la maternidad subrogada. Pero que el proyecto de reforma del código civil, la contempla, como así también la reciente ley promulgada sobre fertilización asistida, ya que en su art 2, establece que se contemplan los procedimientos de baja y alta complejidad.

El art. 562 del proyecto de reforma del Código Civil regula la figura de la gestación por sustitución y señala en lo pertinente que “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”. A su turno, más adelante, señala entre otros recaudos que al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos; que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos, que la gestante no ha recibido retribución así como tampoco se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; y, finalmente, que esta ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. En el caso en estudio se han cumplido los recaudos que exige el futuro artículo.

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental.

Lo importante en este tipo de técnica de reproducción es la voluntad procreacional que no es más que querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo.

El concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la

gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Conf. Kemelmajer de Carducci, Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Regulación de la gestación por sustitución” LL 10/09/2012, p. 1).

Ante estos argumentos se ordenó la inscripción de la niña como hija del matrimonio, haciendo lugar a la demanda presentada por ellos.¹²

5.3 Avances en la legislación argentina en lo relacionado a las TRA.

En la Argentina, en ocasión de la celebración del Tercer Congreso Nacional de derecho Civil en Córdoba en 1961, en el dictamen preliminar se ocupó de las técnicas de reproducción asistida. Silvana María Chipero (2012, p.112) cita uno de sus aspectos más relevantes: “Muchos especialistas, juristas o médicos, coinciden en que no conviene dar a la inseminación artificial el amplísimo alcance que pretenden conferirle algunos, sin duda por las graves consecuencias que provocaría su uso y abuso, en el seno de la familia, so pretexto de hacerlo con fines eugenésicos. No se debe olvidar ni en este ni en otros problemas, como bien lo ha afirmado un autor, que la existencia del hombre no es un fenómeno exclusivamente biológico, sino que hay un alma que anima la carne y le da vida”

Sosa (JA, 1989-III-846), nos enseña que en el seno de las XII Jornadas Nacionales de derecho Civil, llevadas a cabo en Bariloche, en Abril de 1989, la comisión 7 sostuvo (por mayoría) que “en virtud del espíritu que inspira la ley 23.264, el desarrollo del embrión, realizado en otros países, en principio no conculca el orden público argentino”. En las antípodas, la disidencia sostuvo que todo lo contrario, típico o atípico, que importante el comercio o manipulación de embriones, está descalificado a priori desde el punto de vista del derecho interno y también desde la perspectiva del derecho internacional privado.

El proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998,

12 Juzg. 1° inst. Civil N°86 N N O D G M B M S s/ Inscripción de Nacimiento fallo 383116/2012. 18/06/13.
Recuperado de <http://est-abog-unlam.com.ar/2013/06/>

propuso la incorporación de un párrafo final al art. 534, que dispusiera “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica se licita o ilícita”, solución que no implicaba tomar posición cerca de la licitud del contrato, pero que según Silvana María Chiapero (2012), estuvo orientada a desalentar la práctica, al establecer que la maternidad quedaría establecida por el hecho del parto, al igual que la legislación española.

En los últimos tiempos, la diputada Mirta Pérez propone en su proyecto de ley, la nulidad del contrato de maternidad subrogada mediante la incorporación al Código Civil del art 63 bis, redactado en los siguientes términos. “El contrato de maternidad subrogada es nulo de nulidad absoluta”. La legisladora tiene como fundamento la ilicitud de su objeto (art. 953 Cód. Civ.), como así también en que la maternidad subrogada implica un pacto de contenido inmoral, contrario a las buenas costumbres y a la dignidad de las personas por nacer, en cuanto titular del derecho de ser y existir según un orden natural dado, libre de injerencias que hayan predeterminado su identidad, como su derecho a ser traído al mundo por su madre biológica y a no ser separado de quien lo gestó.

En el ámbito de la provincia de Córdoba, la legislación vigente luce contradictoria. Por un lado, la ley 6222, sancionada el 17 de noviembre de 1978, en su art. 7° prohíbe a los profesionales de la salud “realizar, colaborar, propiciar o inducir la práctica de inseminación artificial o propagación de la vida por otros medios no naturales”. A fines de 2009, la Legislatura provincial aprobó la ley 9695, que obliga la obra social Apress a cubrir tratamientos de fertilidad a sus asociados, pero no admite la cobertura para parejas que necesiten la donación de óvulos o espermatozoides, ni la utilización del útero de otra persona. En su art 1° establece: “la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, a fin de promover el desarrollo familiar a aquellos beneficiados que acrediten condiciones que establezca la reglamentación. El directorio de Apress fijará los requisitos de acreditación necesarios que deberán reunir los prestadores especializados para su contratación”.

El proyecto fue presentado por los legisladores Roberto Birri, María Amelia Chiofalo y Roberto Podversich. Los fundamentos del mismo son los siguientes: “se pretende con esta redacción, no determinar taxativamente cuáles son las modalidades de fertilización asistida a prestar por la obra social, en razón del permanente avance en las investigaciones de la ciencia médica para superar la infertilidad”. También agregan “los estudios, las técnicas, la dedicación de reproducción asistida y toda la atención de esta problemática, deben considerarse como parte integral de la salud reproductiva, donde debe primar una actitud totalizadora y de respeto por la mujer y las parejas. Parece trascendente y adecuado que el debate de este tema se centre en la mirada integral de los derechos sexuales y reproductivos y en uno de los ejes esenciales de estos derechos que es el derecho a procrear”.

5.4 Proyectos de ley en Argentina sobre Maternidad Subrogada

En Santa Fe, el Diputado Justicialista Alberto Monti ha presentado un proyecto de ley en el 2011 que intenta regular la maternidad subrogada en el ámbito de su provincia. Entre los fundamentos en los que se apoya dicho proyecto el diputado menciona la creciente importancia de la voluntad procreacional, como productos del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. Por medio de la reglamentación que propone tiene en miras a proteger la dignidad de las personas y el interés superior del niño nacido por medio de esta práctica. La necesidad de reglamentar esta práctica responde a una necesidad social que reclama el uso de las TRA y como así también el reconocimiento por parte del sistema jurídico de la existencia de nuevas realidades sociales por medio de la ley de matrimonio igualitario.

El proyecto de ley tiene por propósito establecer normas y garantías para la protección de las partes involucradas en el instrumento de la maternidad subrogada. En el cuerpo de ley menciona los requisitos para las mujeres que desean participar del procedimiento, es decir que desean ser madres portadoras: haber tenido un hijo, complementar una evaluación médica y mental, estar asesorada por un abogado en cuanto a los términos del instrumento de subrogación, debe haber obtenido un póliza

de seguro médico, ser mayor de edad, comprobar dos años de residencia en la provincia de Santa Fe. La cobertura médica la deben proveer él, la o los padres subrogados.

También establece requisitos para él, la o los padres subrogados ellos son: haber aportado material genético (en caso de matrimonio uno de ellos al menos), certificado donde conste su insuficiencia reproductiva, deben estar asesorados por un abogado, dos años de residencia en la provincia de Santa Fe.

En cuanto al instrumento donde constan las obligaciones, garantías y derechos de la partes, el diputado lo denomina “Instrumento de Subrogación Gestacional”, el mismo debe ser redactado por escrito y en el debe constar que sean cumplimentado todos los requisitos anteriormente mencionados.

En caso que la madre portadora o los padres subrogados sean casados, el cónyuge debe prestar su consentimiento. Las partes deben tener un asesoramiento legal en todo el proceso.

Por medio de escritura pública las partes deben contar que están informadas sobre todos los términos de instrumento de subrogación.

La subrogación puede ser onerosa.

El diputado neuquino de la Concertación, Hugo Prieto, presentó un proyecto de ley en el año 2011 sobre maternidad subrogada con el objetivo de que ésta sea una práctica tendiente a superar la imposibilidad de procrear.

Intenta reglamentar el procedimiento para subrogar la maternidad, en todo el país, mediante una ley de orden público.

Proyecta la creación de una Agencia Pública de Maternidad Subrogada, con las funciones que le corresponderían como ente de contralor de las instituciones Públicas o Privadas que lleven a cabo el procedimiento. Prevé un registro de madres gestante y de instrumentos de maternidad subrogada celebrado entre particulares.

Detalla los requisitos del Instrumento que formaliza convenio entre la madre gestante y los padres subrogados.

Lo novedoso de este proyecto es que la Madre gestante, no puede aportar

material genético. Más allá que parece ser un proyecto que contempla los aspectos más importantes de la práctica que nos ocupa, no menciona nada a cerca de la gratuidad u onerosidad del convenio entre partes.

Reforma Art. 63, Proyecto de la Senadora Adriana Bortolozzi de Bogado. La senadora ha presentado un proyecto de reforma del art 63 del Código Civil que sería redactado de la siguiente forma: “Los acuerdos de maternidad subrogada son insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito. Quienes lo acuerden, consientan o ejecuten, sin perjuicio de las responsabilidades que determina este código, podrán ser juzgados por los tribunales competentes como partícipes de las figuras previstas por las normas que protejan penalmente, la identidad de las personas y la fe pública.” Si bien presento un proyecto para regular la fertilización asistida, no está a favor del alquiler de vientres, considerando que dicho convenio es contrario al derecho a la identidad del niño nacido de esta forma.

5.5 Proyecto de reforma Código Civil (2012)

El actual Código Civil fue elaborado en 1871, cuando no podía pensarse que la ciencia hiciera tanto por aquellas parejas que deseaban ser padres. La ley de adopción argentina no fue aprobada sino hasta 1948 y la primera fertilización in Vitro exitosa no vería el nacimiento de Louis Brown, el primer bebé de probeta hasta 30 años más tarde.

La comisión de reforma integrada por el presidente Dr. Ricardo Lorenzetti, junto a las Doctoras Elena Highton y Aida Kemelmajer de Carlucci entregó el anteproyecto en el tiempo fijado por el decreto 191/11. Luego continuó trabajando intensamente, incorporando observaciones y perfeccionando los textos hasta el 31 de mayo de 2012,

Conformándose el actual Proyecto de reforma del Código Civil argentino.

Comienzo de la existencia determina el status jurídico de los embriones. Al respecto el proyecto establece que: “ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la

implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”

Es decir que sólo se considera persona (ente capaz de adquirir derechos y obligaciones) al embrión implantado. Postura defendida tanto por el Dr. Lorenzetti al afirmar que “Hemos definido aquí que lo que hay que tratar son los efectos de la implantación de embriones, es decir, cuando la persona nace. Los no implantados no son personas” y por la Dra. Kemelmajer, quien sostiene que “la reproducción humana asistida tiene que tener una regulación específica”y también cuestiona a quienes sostienen que los embriones son personas al señalar que esto sólo es así cuando son implantados. “Si se sostiene que el embrión es persona aún cuando no es implantado, se está cerrando a la ciencia” porque “no se pueden implantar siete embriones a una mujer, porque no lo soportaría, se acusaría al médico de mala praxis”.

La maternidad Subrogada está contemplada en el artículo 562, en el capítulo referente a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, que establece: “ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. 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”.

Es decir que se reconoce como central a la voluntad procreacional expresada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen que deberá ser homologado en Sede Judicial. Para ello, el juez deberá constatar que la gestante actué en forma altruista (que no haya recibido un pago), que ya tenga un hijo propio, que posea “plena capacidad, buena salud física y psíquica” y que no aporte ningún gameto; respecto de los futuros padres se deberá comprobar que al menos uno de ellos esté imposibilitado de concebir un hijo de manera natural y que haya aportado alguno de los gametos (óvulo o espermatozoide). Asimismo, se impone como limitación que la gestante sólo podrá someterse a éste procedimiento, como máximo, en dos oportunidades.

Respecto de la Fecundación Post Mortem, el proyecto prevé que una pareja que conservó gametos y/o embriones, habiendo firmado un consentimiento expreso para que puedan ser transferidos en caso de fallecimiento. Se podrá llevar adelante el tratamiento hasta un año a partir de la muerte.

En lo referente a lo filiación en términos generales, el proyecto da privilegio a la voluntad procreacional y establece: “ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, 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.

ARTÍCULO 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente deber 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. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. 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”.

El Dr. Lorenzetti afirma que es necesario “distinguir aquí la cuestión de la filiación de la genética. Una pareja quiere tener un niño y recurre a la fertilización; ese niño nace y es hijo de esa pareja, y tiene derecho a la identidad, a tener un padre y una madre. El donante es otra persona distinta de la pareja, que no quiere ser padre y que, si lo fuera, no donaría. Normalmente se trata de que haya donantes para que la fertilización sea posible y por eso se los protege con el anonimato, ya que no es padre ni tiene vínculo de filiación con el hijo. Los datos genéticos que corresponden a este niño pueden ser conocidos, incluso sin judicialización alguna, cuando hay una enfermedad genética. En tal caso, el médico pide directamente esos datos genéticos no individualizantes de la persona, al centro que intervino en la reproducción humana asistida. De cualquier modo, aún la individualización del donante puede ser obtenida, judicialmente, si el niño nacido de estas prácticas solicita al juez, por razones fundadas, levantar el anonimato del donante. Hemos discutido mucho este tema, y es seguro que puede haber otras opiniones, pero es la posición más equilibrada y la más seguida en el derecho comparado”.

Asimismo, el Dr. Lorenzetti sostiene que “cuando el embrión no está implantado, no nace, y por lo tanto no hay consecuencias jurídicas y por eso no se lo incluye en el Código Civil. Eso no quiere decir que no se lo regule y por eso se dice

que debe haber una ley especial para la protección del embrión no implantado”¹³

Conclusiones finales.

A lo largo del presente trabajo hemos explorado en el mundo de las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), con el fin de abordar la problemática puntual de la “Maternidad Subrogada” y la posibilidad de incorporar dicha práctica en forma legal en nuestro país. Como desarrollamos en un principio, las Técnicas de Reproducción Asistida, se presentan para contrarrestar, la imposibilidad de concebir naturalmente, es decir, como una solución ante los problemas de infertilidad, es la asistencia médica al servicio de la salud reproductiva.

En éste año, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada por el Congreso Nacional el 5 de junio del 2013.

Recordemos que hasta este momento existía un vacío legal en lo relacionado a la asistencia de la medicina al servicio de la salud reproductiva, que garantizara el acceso igualitario a todas las personas.

La reciente ley establece; acceso a los procedimientos de reproducción asistida, cuya autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud, en cuyo ámbito funcionará el registro en el que se deben inscribir los centros médicos habilitados. Las obras sociales deben incorporar la prestación. El Ministerio de Salud deberá arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas. También deberá publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas y efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.

Así planteado, el Estado debe garantizar el Derecho a la Salud de sus habitantes, ya sea no dañándole, como así también garantizando el acceso a

13 El Nuevo Código Civil Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/>

tratamientos médicos que mejoren, curen o que brinden soluciones alternativas ante una enfermedad.

En la República Argentina, éste derecho está garantizado por la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, que incluyó en el texto constitucional los pactos y convenciones que lo establecen en el nivel internacional. A saber,

La Constitución Nacional sancionada en el año 1994, en su artículo 31.º establece: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso de la Nación y los Tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación..." y en su artículo 75 inciso 22, se confiere Jerarquía Constitucional a los Tratados Internacionales allí enumerados, entre ellos y en consonancia con el tema en tratamiento, se encuentran: La Declaración Americana de los Derechos del Hombre (arts. VII y XI); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3.º, 8.º y 25.º); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.º); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4.º) y la Convención de los Derechos del Niño (arts. 6.º, 23.º, 24.º y 26.º), que conforme fuera dicho, tienen Jerarquía Constitucional Nacional y no pueden ser desconocidos por las Constituciones de las Provincias ni por las Reglamentaciones del poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal.

En este orden de ideas tenemos por un lado Nuestra Carta Magna que garantiza el Derecho a la Salud de sus habitantes. La infertilidad es una enfermedad que afecta la salud reproductiva comprendida dentro del concepto global de salud.

Para brindar una solución (no curar) a esta afección, la ciencia desarrollo técnicas de reproducción asistida, que tienen diferentes matices según su complejidad, las cuales fueron ya desarrolladas en el presente trabajo. La nueva ley garantiza el acceso igualitario a dichas técnicas.

En este marco aparece "La maternidad subrogada", la cual consiste, como dijimos anteriormente, en un convenio por el cual una pareja, mujer u hombre soltero, acuerdan con una tercera parte (mujer) que lleve adelante un embarazo, aplicando una TRA (técnica de reproducción asistida), y que al finalizar éste renuncie a sus

derechos sobre el niño/a nacido a favor de los contratantes.

Como se desprende del concepto antes brindado, existe un instrumento que formaliza un convenio entre particulares, que los autores que han tratado sobre el mismo lo han denominado “Instrumento de Maternidad Subrogada”, entre otras denominaciones y matices.

En dicho contrato una de las partes contratantes, en este caso de sexo femenino, accede a que se le practique una TRA para llevar adelante la gestación dentro de su vientre de un niño que luego será entregado a la otra parte contratante. Esta parte puede o no aportar material genético en el proceso.

Los “padres subrogados” pueden o no padecer alguna afección en su salud reproductiva, pueden o no aportar material genético en el proceso. La mayoría de los autores coincide en que es primordial que él, la o los subrogados aporten material genético, lo cual sería lo correcto a los fines de crear un nexo biológico con ellos. El contrato puede ser oneroso o gratuito.

El conflicto, en este tipo de procedimiento, consiste en la existencia de un contrato de alquiler de vientres (denominación socialmente cargada de connotaciones negativas que la hacen socialmente reprochable). Como mencionamos en nuestro país un acuerdo de tal naturaleza (independientemente de la denominación y modalidad de contratación, ya sea locación de cosa o de servicios) sería nulo, de nulidad absoluta por su objeto. Por los siguientes motivos:

En nuestro país, un contrato es un acto jurídico según lo establece el artículo 944 del código civil , que lo define de la siguiente manera: “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”

Art. 1137 Código Civil “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”

Los contratos como especie de acto jurídico tienen como elemento esencial un objeto que consiste “en una prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contraída.”

El art 953 del Código Civil, establece qué prestaciones pueden ser objeto de

los contratos: “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un terceros”

Por su parte el art. 1169, establece que la prestación objeto de un contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Siguiendo a Zannoni (2000), no es posible negociar sobre el estado de familia. La inalienabilidad es un carácter del estado de familia. El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio. El estado de familia no puede ser modificado, ni alterado, ni cedido por su titular, ni ser transmitido por voluntad de éste a terceros. No es renunciable. Así mismo no se puede transar sobre el estado de familia. El art. 845 del código Civil lo prohíbe: “No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima”. Esta norma se corresponde de los arts. 833 y 944 del mismo cuerpo normativo, que no permiten transar sobre objetos respecto de los cuales no se pueden realizar contratos art. 844. “Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones.”

Es decir la madre subrogante o madre portadora, no puede negociar ni transar sobre su derecho respecto del futuro niño por nacer, según los artículos antes citados. Tampoco su vientre podría ser objeto de un contrato comercial según el art 953 del Código Civil, ya que es contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Entonces desde la óptica de la normativa argentina en cuanto a contratos, estamos en presencia de un contrato sin validez, cuyo cumplimiento no se puede exigir judicialmente. Por otro lado existiría un segundo inconveniente en lo relacionado a la determinación de la maternidad. Como desarrollamos en el presente trabajo, el vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. Por eso el

art. 242 del Cód. Civil, según la ley 24.264 (ley 24.264 Filiación Patria Potestad), dispuso que la maternidad quedara establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, “por la prueba del nacimiento” y “la identidad del nacido”. Pero este artículo según Zannoni, sólo establece la innecesidad de reconocimiento expreso por parte de la madre que dio a luz. Es decir que desde este punto de vista no resultaría una barrera para la inclusión de la maternidad subrogada, ya que según el autor antes citado, se puede llegar a una solución para determinar la maternidad biológica, cuando se implementó un TRA, con fecundación heteróloga, es decir con aporte de material genético de la madre subrogada.

Con lo desarrollado hasta aquí, podemos llegar a una conclusión apresurada que sería imposible incorporar a la Maternidad Subrogada a nuestro ordenamiento jurídico como una figura contractual.

Pero hay que recordar una gran distinción que realiza Zannoni, entre “madre portadora” y “madre de alquiler”, la primera aceptan llevar el embarazo por razones altruistas y las segundas por un precio, es decir alquilan su útero, cuestión que no es posible dentro de nuestro ordenamiento.

Por otro lado hay que hacer otra distinción, Borda nos enseña, el “contrato” es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales. “Convención”, es todo acuerdo de voluntades sea o no de carácter patrimonial. Es decir convención es el género y contrato la especie.

Es decir, sería viable incorporar un programa de “Maternidad Subrogada”, pero no con la base de un contrato comercial, de un “contrato de alquiler de vientres”. Mediante la intervención de una “madre portadora” con lo que esto significa. Teniendo como instrumento que regle dicho vínculo entre partes, una convención jurídica sin carácter patrimonial. También sería indispensable que él, la o los padres subrogados aporten material genético al proceso por lo menos uno de ellos y que en caso de no ser fértiles los dos, que sea aportado por un dador anónimo, como así también deben acreditar médicamente una afección a su salud reproductiva. Es decir que la madre portadora no aporte material genético, con lo cual no crearía vínculo biológico alguno con el niño. En caso de que ambos padres aporten material genético,

no sería imposible establecer la maternidad y paternidad de los padres subrogados mediante ADN, lo mismo sucede cuando uno sólo de ellos aporta. En este orden de ideas es importante tener en cuenta la voluntad procreacional, la cual debe quedar plasmada en la convención previa al proceso. Es importantísimo el aporte que hará a esta práctica la reforma del código civil antes estudiada, como así también la promulgación de una ley específica que la regule. Lo cual facilitará la realización del proceso. Los proyectos estudiados abarcan los aspectos más importantes, pero no especifican si las parejas homosexuales pueden acceder a este tipo de programa de reproducción. Lo importante de una futura regulación es establecer el aporte genético por parte de los subrogados. Lo último es importante, debido a que lo mismo generaría la posibilidad de reclamar derechos sobre la criatura por nacer, lo cual fue motivo de varios conflictos a nivel internacional como hemos citado. En ese caso, si la madre portadora aporta su ovulo, no será factible negar la su maternidad en un eventual conflicto, ya que se le estaría negando el derecho a la identidad del niño. En el análisis que venimos sosteniendo no debemos perder el fundamento de la “Maternidad Subrogada”, que es brindar una solución a las afecciones reproductivas, que impiden fundar una familia, que impiden que la “madre subrogada” pueda concebir y gestar naturalmente un niño en su vientre. Las parejas homosexuales que hoy en nuestro país contraen legalmente matrimonio civil, a partir del año 2010 cuando se promulgo la ley de “matrimonio igualitario” (ley 26.618 Matrimonio Igualitario), deben acceder a este tipo de programa de reproducción, debido a que desde el momento que se les otorgo la posibilidad de contraer matrimonio, se las reconoció como pareja, se le dio la posibilidad de fundar una familia, lo cual implica la necesidad de recurrir a estas técnicas en caso de parejas masculinas, debido a que por su elección sexual les faltaría uno de los elemento esenciales para procrear, que evidentemente generan un disfunción reproductiva por falta del órgano reproductor femenino. Distinto es el caso de las personas que desean ser padres solteros, lo cual no sería viable, porque escaparía al fundamento principal de brindar una solución ante un problema de infertilidad en el proyecto de fundar una familia, sino que correspondería su utilización a motivos ajenos al de salud, como ser proyectos de

vida individual, genética de los futuros hijos, estética, etc., que no sería propio aceptar, ya que no olvidemos que estamos hablando de un nuevo ser, que no se lo puede considerar un producto creado conforme a la voluntad egoísta de otra persona. En colusión es posible incorporar la Maternidad Subrogada, como un “programa altruista” de reproducción y no como un “contrato de alquiler de vientres”, sin connotaciones económicas con un solo fundamento “brindar una solución médica a los problemas de salud reproductiva”, no sólo cuando la madre subrogada no puede gestar en su útero, es decir cuando no puede llevar adelante un embarazo, sino también en el caso de parejas homosexuales masculinas. De no aceptar un programa de maternidad subrogada de ésta índole, estaríamos fomentando otros males sociales, como la trata de personas, tráfico de niños, etc. Con la utilización de estas prácticas no se le estaría negando la identidad al recién nacido, debido a que su filiación correspondería a su realidad biológica, ya que ambos o al menos uno de sus padres subrogados aportará material genético y lo más importante que manifestaran su voluntad procreacional, que no es otra cosa que el deseo de convertirse en padres. Estamos en una sociedad donde el vínculo entre padres e hijos está en crisis, padres que no cumplen con su rol, niños abandonados, familias numerosas (que no pueden sustentarse), abortos clandestinos, abusos hacia los menores por parte de sus progenitores, violencia infantil; frente a este panorama, porque no aceptar la Maternidad Subrogada, porque no darle la oportunidad a las parejas que si desean convertirse en padres. Si el Derecho acepta que los progenitores de un niño renuncien a su patria potestad luego de su nacimiento (adopción plena), porque no aceptar la idea de que existan parejas que antes de engendrar a un niño, quieren expresar su voluntad de ser padres y que para ello requieren de la solidaridad de otro persona para convertirse en padres?.

Vivimos en una sociedad donde somos libres de elegir, pero para elegir deben existir alternativas, no tenemos libertad de elegir, si ante la imposibilidad de gestar un niño en el vientre solo se puede recurrir a la adopción, es decir, frente a la decisión de ser padres, y no lograrlo naturalmente, es obligatorio adoptar.

Soto Lamadrid (1990, p 180) “si el Estado lograra erradicar a través de la

educación sexual y cívica a sus ciudadanos y el mejoramiento de la condiciones de vida, la miseria, el exceso de hijos, así como la irresponsabilidad paterna, hasta lograr la inexcusable meta de que no haya niños para entregar en adopción, porque tienen propia familia; si esto ocurriera alguna vez ¿qué diremos entonces a la pareja estéril?”.

Si en Argentina se registran niños nacidos en el extranjero producto de un alquiler de vientres, porque no legislar sobre la materia en nuestro país, y así garantizar la igualdad de oportunidades, ya que sólo las parejas con recursos económicos suficientes pueden viajar al exterior. Autorizando el registro de estos niños, se está aceptando indirectamente la legalidad de esta práctica.

Anexo 1

Proyecto de Ley del diputado Hugo Prieto (2011)

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales

ARTÍCULO 1º- La presente Ley es de orden público, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada en la República Argentina.

ARTÍCULO 2º- El procedimiento de la maternidad subrogada tiene por objeto permitir el acceso a la maternidad o paternidad de aquellas personas que por causas naturales se encuentran imposibilitadas de procrear.

ARTÍCULO 3º- En el procedimiento de la maternidad subrogada es prioritario garantizar en todo momento el interés superior del menor.

ARTÍCULO 4º- La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes.

ARTÍCULO 5º- Las prácticas previstas en la presente Ley se llevarán a cabo en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la autorización otorgada por la autoridad competente.

ARTÍCULO 6º- En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria

lo dispuesto por el Código Civil de la Nación Argentina.

TÍTULO SEGUNDO

Autoridad de Aplicación

CAPÍTULO I.

Agencia Pública de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 7º- Créase la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, como entidad descentralizada en jurisdicción del Ministerio de Salud de la Nación.

ARTÍCULO 8º- La Agencia Pública de la Maternidad Subrogada tendrá su sede principal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableciendo al menos una (1) delegación por provincia.

ARTÍCULO 9º- Corresponde a la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada:

- a) Actuar como organismo de aplicación de la presente Ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos.
- b) Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes al conocimiento de los objetivos de la presente Ley.
- c) Recopilar y mantener actualizada la información que se conozca de legislación comparada sobre maternidad subrogada y participar en la elaboración y negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales de maternidad subrogada.
- d) Diseñar el modelo básico del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

- e) Controlar y aprobar el contenido del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
- f) Modificar, sobre bases legales o técnicas, los parámetros técnicos y constitutivos del Instrumento de la Maternidad Subrogada acordado por quienes sean parte del procedimiento.
- g) Constituir y actualizar el registro de las mujeres gestantes.
- h) Autorizar, bajo las condiciones que establezca, la práctica de la maternidad subrogada en las instituciones de salud públicas o privadas que lo soliciten.
- i) Otorgar autorización, bajo las condiciones que establezca, a los centros médicos que soliciten constituirse en receptores de donación de gametos.
- j) Fiscalizar, percibir y administrar los bienes y recursos asignados a la Agencia, y los que correspondan por donación, legados, asignaciones específicas o multas.
- k) Resolver en instancia administrativa los recursos y reclamos que se susciten en el marco de su actuación.
- l) Proporcionar al Ministerio Público y a los tribunales judiciales asesoramiento técnico especializado en los asuntos relativos a la temática de su competencia.
- m) Establecer su estructura organizativa y funcional.
- n) Elaborar el presupuesto anual de gastos, el cálculo de recursos y la cuenta de inversión.
- o) Nombrar a su personal, quienes quedarán sujetos al régimen de Empleo

Público.

p) Elaborar y aprobar los reglamentos que regulen el funcionamiento del directorio.

q) Autorizar, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, la contratación de servicios para la realización de tareas especiales que no puedan ser realizadas por el personal del organismo.

r) Establecer los exámenes médicos psico-físicos a los que debe someterse la madre gestante para poder ser inscripta en el registro de madres gestantes.

ARTÍCULO 10°- La Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, llevará un registro de los instrumentos aprobados de la Maternidad Subrogada y de los nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en el procedimiento, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento. Este registro será confidencial.

CAPÍTULO II.

Directorio y Presupuesto de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 11°- La conducción y administración de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada será ejercida por un directorio integrado por: un (1) presidente, un (1) Vicepresidente y un (1) director.

El presidente y el vicepresidente serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional. El director será designado por el Ministerio de Salud y representará a organizaciones

no gubernamentales con reconocida trayectoria en técnicas de reproducción asistida.

ARTÍCULO 12°- El presidente, el vicepresidente y el director durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un período.

ARTÍCULO 13°- El presidente del directorio es el representante legal de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, estando a su cargo presidir y convocar a las reuniones del directorio, según el reglamento dictado por la autoridad de aplicación en uso de sus facultades. Las votaciones serán por mayoría simple.

ARTÍCULO 14°- La reglamentación deberá incluir las causales de remoción de los miembros del Directorio.

ARTÍCULO 15°- Es obligación permanente e inexcusable del Directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones.

ARTÍCULO 16°- El presupuesto de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada estará conformado por:

- a) Los importes resultantes de la aplicación de multas;
- b) Las donaciones y/o legados y/o subsidios que se le otorguen;
- c) Los recursos presupuestarios provenientes del Tesoro nacional; y
- d) Cualquier otro ingreso que legalmente se prevea.

TÍTULO TERCERO.

Instrumento de la Maternidad Subrogada.

CAPÍTULO I.

De las formalidades del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 17º- El Instrumento de la Maternidad Subrogada es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la mujer gestante y él o los subrogantes acuerdan concretar el procedimiento de la Maternidad Subrogada. El instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad competente, no surtiendo efecto jurídico alguno hasta entonces.

Este Instrumento formaliza el acuerdo de voluntades para la maternidad subrogada, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente.

ARTÍCULO 18º- El Instrumento de la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

1. Ser suscripto por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
2. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe respetando la dignidad humana y el interés superior del menor.
3. Contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente del feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

ARTÍCULO 19º- La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa. Los

derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

ARTÍCULO 20°- La maternidad subrogada se considera como plena sin revocación alguna.

ARTÍCULO 21°- En caso de matrimonio o de concubinato, los cónyuges o concubinos con mutuo consentimiento podrán acordar en el Instrumento la filiación a favor del que no se constituyó como parte al inicio del procedimiento, en cualquier etapa de la gestación hasta antes del nacimiento.

ARTÍCULO 22°- Homologado el Instrumento por la autoridad competente se generará el vínculo filial a favor del o los subrogantes desde el momento de la fecundación en la mujer gestante.

ARTÍCULO 23°- La presunción de maternidad del Art. 242 del Código Civil, queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento homologado. Asimismo, y a los fines de la maternidad subrogada, prevalece siempre la voluntad del o los subrogantes.

CAPÍTULO II.

De la mujer gestante.

ARTÍCULO 24°. De los requisitos para ser mujer gestante:

- a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
- b. Contar como mínimo con cinco (5) años de residencia en el país.

- c. Poseer plena capacidad.
- d. Estar inscrita en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada.
- e. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimite la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta.
- f. No haber participado en más de dos procedimientos de maternidad subrogada.
- g. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre.
- h. No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al feto durante el embarazo o el parto.
- i. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 25°- De las obligaciones de la mujer gestante:

- a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales.
- b. Acceder a las visitas domiciliarias por parte del personal de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada y del personal de la institución de salud tratante conforme lo establezca la reglamentación.

- c. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.
- d. Conservar el anonimato del o los subrogantes.
- e. Concluir su relación subrogada respecto del menor y la parte subrogante con el nacimiento.

ARTÍCULO 26°- La mujer gestante no podrá nunca aportar sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

ARTÍCULO 27°- Durante el período de gestación, la mujer gestante gozará de todos los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento.

CAPÍTULO III.

Del subrogante o los subrogantes.

ARTÍCULO 28°- De los requisitos para ser subrogante o subrogantes:

- a. Ser mayores de edad. Para el caso de parejas, al menos uno de de ellos deberá tener no más de cincuenta (50) años de edad, límite que se aplicará a las personas solas que participen de un procedimiento de maternidad subrogada.
- b. Contar como mínimo con tres (3) años de residencia en el país.
- c. Poseer plena capacidad.
- d. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad

Subrogada.

ARTÍCULO 29º- De las obligaciones del o los subrogantes:

- a. Solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada.
- b. Contratar un seguro de vida para la mujer gestante y nombrar como beneficiario del mismo a quién ésta designe.
- c. Conservar el anonimato de la mujer gestante.

CAPÍTULO IV.

De los médicos intervinientes.

ARTÍCULO 30º- Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de la maternidad subrogada.

ARTÍCULO 31º- Ningún médico tratante realizará el procedimiento de maternidad subrogada sin que exista un Instrumento de la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y que éste se encuentre homologado por la autoridad de aplicación.

ARTÍCULO 32º- En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante por parte de las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán la condición de mujer gestante, ni harán distinciones en su atención por este motivo.

TÍTULO CUARTO.

De la donación de óvulos y espermatozoides

ARTÍCULO 33°- La donación de gametos (óvulos y espermatozoides) para las finalidades autorizadas por esta ley, constituye un contrato formal y secreto concertado entre el donante y el centro médico autorizado por la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 34°- El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro médico autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos de los centros médicos.

ARTÍCULO 35°- El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.

ARTÍCULO 36°- Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a quienes sean receptores de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

ARTÍCULO 37°- La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles.

ARTÍCULO 38°- Los preembriones sobrantes de una Fecundación in Vitro, por no ser transferidos al útero, se crío- conservarán en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia.

TÍTULO QUINTO.

Prohibiciones.

ARTÍCULO 39°- Queda estrictamente prohibida la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en mujeres en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana.

ARTÍCULO 40°- Queda estrictamente prohibida la práctica de crío-conservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines que atenten contra la dignidad humana.

ARTÍCULO 41°- Queda estrictamente prohibida la clonación.

ARTÍCULO 42°- Las Instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$100.000 (pesos cien mil) a \$2.000.000 (pesos dos millones).

TÍTULO SEXTO.

Disposiciones finales.

ARTÍCULO 43°- La inscripción del o los hijos nacidos a través de un procedimiento de maternidad subrogada deberá contener el nombre y apellido del o los subrogantes.

ARTÍCULO 44°- En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la mujer gestante o del o los subrogantes, será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de la Maternidad Subrogada, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del menor.

ARTÍCULO 45°- El Poder Ejecutivo nacional reglamentará esta ley y adoptará las medidas necesarias para que la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada se halle constituida y en funcionamiento en un plazo no mayor de noventa (90) días a partir de la fecha de promulgación de la presente.

ARTÍCULO 46°- La presente ley entrará en vigencia el día de su promulgación.

ARTÍCULO 47°- Comuníquese. De forma.- ¹⁴

14 Proyecto de ley Maternidad subrogada. 2011 Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011>)

Anexo 2

Reforma Art. 63, Proyecto de la Senadora Adriana Bortolozzi.

Artículo 1º: Incorpórase al Código Civil Argentino el artículo 63 Bis el que quedará redactado de la siguiente manera:“Los acuerdos de maternidad subrogada son insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito. Quienes lo acuerden, consientan o ejecuten, sin perjuicio de las responsabilidades que determina este código, podrán ser juzgados por los tribunales competentes como partícipes de las figuras previstas por las normas que protejan penalmente, la identidad de las personas y la fe pública.”

2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo

FUNDAMENTOS

En la provincia de Córdoba, recientemente tuvieron lugar dos noticias que causaron revuelo: por un lado un aviso publicado en el diario “La Voz del interior” (trascendido en el diario La Nación en su edición del 29/07/07) daba cuenta de las intenciones de un hombre que dijo ser cordobés de 40 años radicado en España, que publicaba el siguiente aviso publicitario: "Busco vientre en alquiler para dar un hijo. Mujer bonita, de 18 a 28". Consultado por medios periodísticos el buscador de vientres entre otros conceptos, aseguró que gozaba de buena posición económica y que de llegar a un acuerdo con alguna interesada la compensaría generosamente. Explicó asimismo que puso el aviso en Córdoba y no en España, porque le gusta el tipo físico de las argentinas y considera importante que exista una raíz cultural en común con la futura madre de su hijo. Para recibir las "ofertas" habilitó una dirección de correo electrónico e indicó que a partir de las respuestas que reciba, seleccionará las mujeres que se adecuen a su requerimiento, les pedirá fotos y las evaluará mediante una webcam. Una vez superada esa instancia, establecerá un contacto telefónico para definir la "operación". Simultáneamente (según confiesa la misma

protagonista, inspirada en una película que vio alguna vez), una joven de 27 años hizo saber a los medios que es madre de cuatro niños de corta edad y que por el extremo estado de necesidad de sus hijos, aceptaría poner su vientre en alquiler al tiempo que aseguraba no haber obtenido ayuda alimentaria permanente de parte de los padres biológicos de sus descendientes y que tampoco había logrado la ayuda oficial para sobrellevar su difícil situación de madre sin compañero. Pocas horas después la misma mujer ya habiendo obtenido un subsidio estatal de 600 pesos mensuales, declaró que estaba arrepentida de su anterior oferta. Los trascendidos mencionados traen a discusión una cuestión que no es nueva y que últimamente por la proliferación y facilidad de acceso a numerosos medios de comunicación son de frecuente acaecimiento; cientos de avisos en diarios y páginas de internet develan una situación similar a la joven cordobesa llamada Paola: "Mi nombre es A.C, soy de Argentina, tengo 21 años, soy estudiante universitaria y estoy muy interesada en alquilar mi vientre", se lee en un portal de la web, donde la oferente menciona un teléfono para contactos.

En Estados Unidos donde el alquiler de vientres humanos en una práctica lícita que admite incluso el corretaje, fue noticia mundial el conflicto judicial desatado a partir de 1985 sobre el alquiler del denominado periodísticamente "Baby M". En este caso el matrimonio Stern contrató a Mary Whithead para la gestación de una criatura, por inseminación artificial con semen del señor Stern. En el contrato la madre que cargaba el embarazo se obligaba a no entablar una relación materno-filial con el bebé y a abortar si los test mostraban sin dudas anomalías en el feto. El 27 de marzo de 1986 nació "Baby M", pero Mary, la madre portadora, dueña del óvulo, se negó a entregarla y su esposo la reconoció como hija suya. Mary aducía no poder desprenderse de la criatura. Un tribunal de Nueva Jersey dio la nena a los Stern y determinó que el contrato era válido y debía cumplirse. El tribunal de apelaciones revocó esa decisión, pero le dejó la nena a los Stern alegando que le podían dar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas. Luego de 10 años, la Corte estadounidense aun conservando la tenencia de la menor con la familia Stern, finalmente reconoció a Mary Whithead como mamá biológica con derecho de visita.

Por abundar en antecedentes, se menciona igualmente una investigación periodística reciente dada a conocer en España por el Canal Nou, y en el Perú por la red La República, la cual puso al descubierto que en el referido país sudamericano actuaba una red mafiosa que involucraba a jovencitas que regenteadas por médicos y funcionarios públicos, eran ofrecidas a través de un portal web como “incubadoras vivientes” a clientes de diversas ciudades de Europa, para su actuación como madres sustitutas por precios de por lo menos veinticinco mil euros. Dichos “servicios”, pese a no contar con el aval legal de la mayoría de los países del viejo continente, según las mismas fuentes, son muy requeridos en esas metrópolis por parte de parejas homosexuales, matrimonios con esterilidad declarada y mujeres o parejas normales que por cuestiones estéticas o por evitar las dificultades de la etapa gestacional, recurren a tales contrataciones.

El alquiler de vientres en la práctica ofrece a los interesados múltiples opciones genitivas: puede que la pareja que alquila el vientre aporte el óvulo y el espermatozoide. Formado el embrión, la madre suplente lo recibe para llevar la gestación hasta el nacimiento. También puede ocurrir que madre sustituta aporte el óvulo, que puede ser inseminado con el semen del varón de la pareja contratante o de un tercero anónimo o conocido.

La tercera alternativa es que óvulo o el esperma son aportados por personas ajenas a la pareja que contrata y a la madre sustituta. En todos los casos lo que caracteriza a estas prácticas cualquiera sea el origen de las células germinales o la forma de implantación es que la mujer, una vez que se logra la concepción en su vientre es solamente portadora del nasciturus y una vez que lo a luz, debe renunciar a sus derechos de madre y entregarlo a los engargantes a cambio de alguna prestación de parte de estos.

En nuestro derecho la celebración aun consensual de estos acuerdos deben ser declarados nulos por la vigencia de principios generales del derecho (moralidad, buenas costumbres) o por la ilicitud de su objeto de acuerdo a la normativa del artículo 953 del Código Civil (el cual no es otra que gestación y posterior entrega de

un niño). Sin embargo la ejecución en los hechos de un alquiler de vientres, pueden generar una promiscua reclamación de derechos, caos normativo sin solución jurídica razonable, acompañada por una gravísima e intensa violación a los más elementales derechos del niño: Si los contratantes son los aportantes del embrión, podrían reclamar por la procedencia biológica del niño, sin embargo la gestante podría invocar los derechos que le atribuye la norma del artículo 242 del Código Civil que determina “la maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido” (fundado en el arraigado adagio romano “Mater semper certa est”) y aducir la irrenunciabilidad de la patria potestad. También por su identidad biológica, podrían reclamar la maternidad o paternidad del niño, los cedentes de los gametos, ajenos al alquiler de vientre. Ni hablar de los derechos que podría invocar como madre la gestante si ella es la aportante del óvulo más allá de los reclamos del que aporta la célula germinal masculina. En cuanto al niño sufriría la privación de su derecho natural de permanecer con la madre que lo gestó y dio a luz e igualmente, aun adulto, en conocimiento de su origen, debería sobrellevar de por vida una crisis o por lo menos la duda permanente sobre su verdadera identidad biológica.

Sin perjuicio del respeto al derecho a la procreación, nuestro país conforme a su tradición de valoración de la persona humana y muy especialmente de los derechos de quienes por sí, poco pueden hacer para defenderse, ha incorporado normativamente a través de la ley 23.849 a su plexo normativo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que elevada a la jerarquía de texto constitucional por el artículo 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional en su reforma de 1994, en sus artículos séptimo y octavo expresamente establecen “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos... Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos

ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

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

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

En verdad que la concepción, el embarazo el nacimiento, la maternidad o paternidad, más allá de cualquier discusión jurídica, bioética, o científica, implican la producción de un valor excelso: la creación de una persona; este ente viviente que no es una cosa que está dentro del comercio, no puede hallarse sujeto a negociaciones, concesiones ni renunciadas.

Convencida de que el estado legislativo actual sugiere para muchos vacío normativo asociado a permisividad, solicito la consideración y aporte crítico para la sanción de

este proyecto de ley.”¹⁵

15 Noticias Congreso de la Nación. Agosto 2011. Disponible en <http://www.ncn.com.ar/notas/12431-presentan-proyecto-de-ley-para-regular-el-alquiler-vientres.html>)

Bibliografía

- “Declaración Bioética de Gijón 2000”, producida en el Congreso *Mundial de Bioética celebrado en Gijón, España, del 20 al 24 de junio* de 2000.
- FRANCESC, Abel, *La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Madrid, UPCM, 1989, p. 14.
- ALARCON ROJAS, Fernando. *La maternidad por sustitución. En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá - Colombia. 2002. pág. 130.*
- ADORMO, Roberto “*la dignidad humana como noción clave en la Declaración de la Unesco, ser genoma humano*”, Ponencia presentada al 5º Congreso Mundial de Bioética, Londres, 21-24/9/00.
- ATIENZA, Manuel, “Justificar la bioética”, en Vásquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Instituto tecnológico Autónomo de México, México, 1999, p. 89.
- BELLUSCIO, Augusto César, “*Manual de derecho de familia*”, tomo II, 5º edición, ediciones Depalma, 1988, pág.230 y ss
- BIDART CAMPOS, Germán, *Salud derecho y equidad, ad hoc*, Buenos Aires, 2001, p. 22.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991. p. 18.
- BORDA, Guillermo A., “*Manual de contratos*”. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina, p. 7, 8, 82.
- BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, 2000, p. 26,27, 441, 469 y ss.
- BOSSERT, Gustavo, y Zannoni, Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 179.
- BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*.

Quinta. Astrea. Argentina. 1998. pag. 442.

- CHIERI, Primarosa, y Zannoni, Eduardo A., *Prueba del ADN*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 183.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2º edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 290.
- DIAZ GUIJARRO, Enrique, 1965, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1965-III-21.
- DIAZ GUIJARRO, Enrique, *Tratado de derecho de familia*, Tea, Buenos Aires, 1953.
- DELACCUA, Mabel. Avances y retrocesos legislativos de la fertilización asistida. Buenos Aires. 2008. Ediciones Cathedra Juridica.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p.
- EKMEDEKIAN, Miguel, A, *Manual de la Constitución Argentina*, 4º Edición, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 91.
- FERRER, Francisco, “*identidad y fecundación asistida*”, en *el Libro de ponencias del Congreso Internacional “la persona y el Derecho en el fin del siglo”*, Rubinzal – Culzoni, 1996, Santa Fe, p. 189 y ss.
- FROM, Erich, *La revolución de la esperanza*, 1987, p. 89.
- GAFO, JAVIER, *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina ética y derecho*. Madrid, Universidad Pontificias de Comillas, 1986. P. 180
- GARCIA, Diego, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Eudema, Madrid, 1991, p. 34.
- MASIA CLAVEL, Juan, *tertulias de la Bioética: manejar la vida, cuidar a las personas*, Trotta, Madrid, 2006, p. 68.
- MENDEZ COSTA, María Josefa. *LA FILIACIÓN*. Rubizal – Culzoni Editores. Buenos Aires - Argentina 1986. Pág. 13
- MORO ALMARAZ, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la*

- Inseminación Artificial*. Colección. Librería Bosch. Barcelona - España, 1988.
- RIVERA Julio C. *instituciones de derecho civil*. Parte General, T II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, P. 9.
 - Robert Clarke “*hijos de la ciencia*”, Emecé, Bs As, pag. 37
 - ROBERTO, Arribére, *Bioética y derecho: Dilemas y paradigmas en el siglo XXI*, Ediciones cathedra jurídica, Buenos Aires. Argentina. 2008, p. 235 y ss.
 - SESTA, Michele. *Pruebas genéticas, “favor veritatis” e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios? En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá- Colombia. 2002 Pag. 118.*
 - SILVANA MARÍA CHAPERO, *Maternidad Subrogad*, 2012, ED ASTREA. P. 95 y ss.
 - SOMMER, Susana E., *Procreación: Nuevas Tecnologías*. ATUL, Bs As. Argentina. 1996.
 - SOTO LAMADRID, Miguel Á, “*Biogenética, filiación y delito*”, Astrea, Bs As, 1990, p.3.
 - TRABUCHI, “*procreazione artificiale e genética umana nella propectiva del iurista*”. *Comunicación al Congreso de Verona. Italia*. Octubre, 1986. En *Procreazione artificiale e interventi nella genteica umana*. Padova 1987. Pág. 501.
 - VERCELLONE, Paolo. *Tratado di diritto civil italiano, La filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet editore*. Torino, Italia, 1987, p.319.
 - VIDAL MARTINEZ JAIME, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1988.
 - VIDAL, Marciano, *Bioética: estudios de Bioética racional*, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 98.

Citas de internet

- Noticias Congreso de la Nación, Agosto 2011 Disponible en <http://www.ncn.com.ar/notas/12431-presentan-proyecto-de-ley-para-regular-el-alquiler-vientres.html>
- “Baby m.” Corte Suprema de Nueva Jersey Estados Unidos, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227 (2008) Recuperado <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com.ar/2008/08/maternidad-subrograda-francois-chabas.html>
- 14/04/ 2010, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos, en autos “B.M.A c/ F.C.C.R” recuperado de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/26/se-ordena-la-inscripcion-del-nacimiento-de-la-nina-como-hija-de-los-actores-quienes-ante-la-imposibilidad-biologica-de-concebir-recurrieron-a-la-tecnica-denominada-gestacion-por-sustitucion/>
- Aida Kelmelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida. (2012) Bs. As. Recuperado de www.infojus.gov.ar/resource/kbee:/saij-portal/.../CF120032F1.PDF
- Corte suprema de Colombia. Bogotá. Sentencia T – 968/09 (2009) Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Derecho al Consentimiento Informado (2013) Bs.As. Recuperado de <http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-para-la-comunidad/ley-nacional-de-salud-mental-no-26657/85-derecho-al-consentimiento-informado>
- Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Derecho al Consentimiento Informado (2013) Bs.As. Recuperado de <http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-para-la-comunidad/ley-nacional-de-salud-mental-no-26657/85-derecho-al-consentimiento-informado>
- El Nuevo Código Civil Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/>
- Eleonora Lamm. Revista electrónica Cuestión de Derechos. La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe como comercial la gestación por sustitución. (2012) Barcelona. Recuperado de

<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%203.pdf>

- Fernando Abellán Diario digital Diario Médico. Com. Tribuna. Reproducción asistida e iglesia católica: Instrucción “Dignitas personae” (2008) España. Recuperado de <http://www.diariomedico.com/2008/12/23/area-profesional/normativa/tribuna-reproduccion-asistida-e-iglesia-catolica-la-instruccion-dignitas-personae>
- Guahnon - Iovanna – Somer Reproducción humana asistida: Una perspectiva biojurídica. Artículo on line. (2012). Bs. As. Editorial Astrea Recuperado de <http://www.astrea.com.ar/book/doctrina0186/>)
- Juzg. 1º inst. Civil N°86 N N O D G M B M S s/ Inscripción de Nacimiento fallo 383116/2012. 18/06/13. Recuperado de <http://est-abog-unlam.com.ar/2013/06/>
- Proyecto de ley Maternidad subrogada.2011 Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4098-D-2011>
- S.C.J. de California, Estados Unidos, 20-5-93, "Johnson c/Calvert", J:A: 1995-I-440; comentado por Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M, La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica (2008). Recuperado de <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com.ar/2008/08/maternidad-subrograda-francois-chabas.html>
- Sabrina Amendola. 1/08/12. Paternidad por partida doble. Diario Página/12. Bs. As. Versión digital. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200027-2012-08-01.html>
- Vita Nova. Clínica de reproducción asistida. Gestación Subrogada Aspectos legales. Rusia. (2013) Recuperado de <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Marín Patricia Lucia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.503.129
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Maternidad Subrogada
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Tricia_esquel@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Córdoba, 27 de junio de 2014

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: 27 de Junio de 2014

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

