

Universidad Empresarial Siglo 21



Trabajo Final de Graduación

“Maternidad subrogada: lagunas legales en el marco de una práctica creciente”

Carrera: Abogacía

Fecha de Entrega: 31 de Julio de 2.016

Alumno: Hormaeche Actis Juan Horacio

Legajo: VABG-1397

Resumen

La maternidad subrogada es un fenómeno que se lleva a cabo en diversos países del mundo. Las lagunas legales existentes sobre la temática ocasionaron de la misma una práctica con tendencias a ciertos abusos y explotaciones durante mucho tiempo. A raíz de esa realidad algunos países comenzaron a legislar su proceso, con el objeto de hacer de su práctica un método efectivo con fines de buena fe, y alejarla de la posibilidad de abusos. La República Argentina fue la primera en Latinoamérica en formular un cuerpo legal al respecto, inscribiéndose el mismo en el proyecto de reforma del Código Civil presentado en el año 2012. El nuevo Código Civil no incluyó específicamente las regulaciones para el uso de este instrumento, pero presentó una novedad en cuanto al reconocimiento de la filiación a partir de técnicas de reproducción humana asistida.

Abstract

Surrogacy is a phenomenon that takes place in various countries worldwide. Existing loopholes on the issue led to the same practice with certain tendencies to abuse and exploitation for a long time. Following that reality, some countries began to legislate the process, in order to make that practice an effective method for the purpose of good faith, and away from the possibility of abuse. The Argentina Republic was the first in Latin America to formulate a legal body in this regard, registering the same in the draft reform of the Civil Code introduced in 2012. The new Civil Code does not specifically include regulations for the use of this instrument, but it presented a novelty in the recognition of filiation from assisted human reproduction.

1. Índice	
1. Resumen	2
2. Abstract	3
3. Índice	4
4. Introducción	6
Capítulo I: Maternidad subrogada	16
1.1. Concepto de maternidad	17
1.2 La maternidad subrogada	18
1.3 Los derechos reproductivos	19
1.4 La salud reproductiva	20
1.5 La dimensión jurídica de los derechos reproductivos	23
1.6 Los límites de los derechos reproductivos	25
1.7 El derecho a la identidad del niño nacido por subrogación	27
1.8 Conclusiones	28
Capítulo II: Bioética	30
2.1 Concepto de bioética y reseña histórica	31
2.2 La maternidad subrogada desde el punto de vista bioético	32
2.2.1 La relación madre e hijo	33
2.3 Una reflexión bioética	34
2.4 Conclusiones	37
Capítulo III: Debates sobre el uso de la maternidad subrogada	39
3.1 Posturas en pro de la maternidad subrogada	40
3.1.1 La voluntad procreacional	40
3.1.2 El interés superior del niño	42
3.2 Posturas en contra de la maternidad subrogada	44
3.3 Conclusiones	45

Capítulo IV: Derecho comparado	47
4.1 Introducción.....	48
4.2.Estados Unidos	48
4.3 Europa	49
4.4 Latinoamérica	52
4.5 Conclusiones	55
Capítulo V: Análisis jurisprudencial	56
5.1 Jurisprudencia extranjera.....	57
5.2 Jurisprudencia argentina.....	58
5.3 Conclusiones.....	62
Conclusiones finales	64
Bibliografía	67
Doctrina	67
Jurisprudencia	70
Legislación	71
Otras publicaciones	72

Introducción

La maternidad subrogada es una práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. Ello presenta un tema polémico, ya que existen diversas posturas enfrentadas, por ejemplo, aquellas que sostienen que es incompatible regular el tema sin lesionar derechos del niño, como por ejemplo a conocer sus orígenes.

El presente trabajo de investigación pretende analizar los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada con el objeto de demostrar si es viable y adecuada la implementación de la misma en la Argentina, basándose en la filiación establecida en el Código Civil otorgada mediante la voluntad pro-creacional. En contrapartida, se analiza si puede contraponerse a los derechos fundamentales del niño.

Se considera relevante el estudio de la maternidad subrogada ya que es una problemática actual que se presenta como alternativa para muchas familias del país, como así también es fuente de discusión para diversos actores partícipes de nuestra sociedad. Su análisis es de esencial importancia para profundizar el conocimiento del tema y sus posibilidades de aplicación tanto en el marco legal como en el ámbito cotidiano.

Se plantea partir del siguiente interrogante: ¿Es posible regular los derechos emergentes de un proceso de maternidad subrogada, a través del nuevo Código Civil? ¿Es aplicable la filiación basada en la voluntad pro-creacional en estos casos?

Existen diversos debates sobre el uso de la maternidad subrogada. Desde el punto de vista moral, esta técnica de reproducción humana asistida genera grandes controversias, mientras que desde el punto de vista legal, existen diversas lagunas en cuanto a su contemplación en muchos países. Lo cierto es que, más allá de dichos debates, la maternidad subrogada es un fenómeno que tiene lugar hace décadas en distintas partes del mundo. En la Argentina, la misma no está ni permitida ni prohibida, si bien el proyecto de reforma del Código Civil del año 2014 incluyó el procedimiento como legal siempre y cuando se respeten ciertas pautas establecidas en dichas normativas, no fue plasmado en la efectiva reforma. Existen diversos fallos jurisprudenciales al respecto que permiten una aproximación a las características que el proceso viene teniendo. No obstante, es el nuevo

cuerpo del Código Civil que sienta las bases precisas para la aplicación de este fenómeno en el país, estableciendo un nuevo tipo de filiación basada en la voluntad pro-creacional.

Por tanto, el objetivo general de la presente investigación es profundizar en el conocimiento sobre la maternidad subrogada, los debates existentes sobre su uso mientras que se define la viabilidad de su uso en base a las condiciones generadas por la reforma del Código Civil de la Argentina en el 2014.

Dentro de los objetivos específicos, se plantea:

- Comprender los aspectos básicos de la maternidad subrogada, las principales características de la subrogación de vientres y los principales conceptos legales ligados a ella.
- Indagar sobre los derechos de las partes que intervienen en el proceso de maternidad subrogada, por un lado los derechos a la identidad del niño hasta el derecho a la verdad biológica tanto para el niño, como para la madre gestante y los dadores de gametos.
- Analizar los argumentos que existen a favor del uso de la maternidad subrogada.
- Analizar los argumentos existentes en contra del uso de la maternidad subrogada.
- Comentar algunos de los fallos más trascendentes sobre casos de maternidad subrogada dentro del país como también en el extranjero.

Los antecedentes de esta temática son diversos. Según Hernández Ramírez y Santiago Figueroa (2011), la esterilidad es un fenómeno que aqueja a muchas familias que tienen intenciones de procrear, y que consideran la herramienta de maternidad subrogada, una alternativa a su problema. En la antigüedad, esta imposibilidad de mantener la estirpe, ya ocasionaba dilemas.

En la segunda mitad del siglo XX comenzaron a desarrollarse métodos de reproducción asistida, siendo la fecundación in vitro una de las primeras técnicas en este ámbito. Se dice que hay fecundación in vitro cuando se produce la unión de un óvulo y un

espermatozoide fuera del cuerpo de la madre (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011).

En 1989, año en que se desarrolló el proyecto del genoma humano, en EE.UU, se presentó el primer caso de subrogación de útero. Un matrimonio contrató a una mujer para que llevara en su vientre al hijo de ambos. La mujer dio a luz a una niña pero se negó a entregarla al matrimonio de apellido Stern. La familia acudió a los tribunales de Nueva Jersey, y se les concedió la custodia de la criatura (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011).

Este caso dejó demostrados los problemas éticos y las complicaciones derivadas de la responsabilidad parental, que pueden surgir en los casos de maternidad subrogada.

La señora Whitehead, es decir, la mujer gestante, había firmado un contrato con el matrimonio Stern por el cual se comprometía a llevar en su vientre al hijo de ambos, y a no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar el feto presentaba anomalías. Por este servicio recibiría la suma de U\$S 10.000.

El día 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de la criatura, y la madre gestante decidió no entregarla y el Sr. Whitehead esposo de esta, procedió a reconocer a la niña como hija suya.

La gestante alegaba que había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja Stern, pero que había aportado ella misma su óvulo. La mujer manifestaba que no podía dejar a la criatura, y que al momento de firmar el contrato no había podido determinar los alcances de lo que estaba haciendo, lo cual fue confirmado por informes psiquiátricos.

Ello dio lugar a un largo proceso judicial, donde el juez de primera instancia entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido.

Esta sentencia fue apelada por la madre gestante; y el tribunal supremo del estado revocó el fallo de primera instancia, declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para la niña.

Luego de diez años, la Corte reconoció a la gestante como madre biológica y se le concedió un derecho de visita. (Arteta Acosta, 2001) y (Cano, 2012).

A medida que los años avanzaron, las técnicas de reproducción se fueron perfeccionando, logrando una fecundación extra-corpórea mediante inseminación artificial en 1990, la cual consistió en introducir espermatozoides del cónyuge o de un donante en el útero de la mujer mediante un catéter o jeringa.

Sin embargo, a pesar de los avances científicos, en materia jurídica no existían leyes que regularan estas nuevas situaciones; ello no fue impedimento para que en países como Francia e Inglaterra surgieran algunas agencias de maternidad, aunque poco tiempo después, la mayoría de los países europeos prohibieron o limitaron la subrogación.

Como consecuencia de los conflictos que comenzaron a presentarse a raíz de estas prácticas, en el Estado de Victoria se aprobó una ley que veda a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

Actualmente, en Estados Unidos existen agencias de intermediación en donde se atienden casos de infertilidad. A estos lugares acuden personas de diferentes Estados, ya que allí las normas son más flexibles y permiten este tipo de procedimientos (Arteta Acosta, 2001).

En la Argentina, la maternidad subrogada y las consecuencias legales de esta práctica fueron sujeto de un intento de regulación con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2014.

Pero pueden mencionarse también como antecedentes, proyectos de ley sobre la maternidad subrogada, como el de la provincia de Santa Fe, que tenía por finalidad cubrir el vacío legal ante prácticas que ya se realizaban y que el ordenamiento argentino no regulaba. Dicho proyecto hacía hincapié en dejar claro que alquilar el vientre no implica para la gestante un vínculo de filiación con el bebé.

El proyecto de ley de la provincia de Santa Fe fue presentado por Alberto Monti, pautando la creación de una autoridad competente que homologue los acuerdos de alquiler de vientres entre las partes. El proceso habría sido un acuerdo entre privados patrocinados

por abogados y en el cual podría preverse el pago de una compensación a la madre sustituta gestacional.

Según el proyecto santafesino se buscaba proteger el deseo a la maternidad o paternidad, fuente de la responsabilidad del hecho filial. De este modo, se buscaba establecer normas y garantías para la protección de todas las partes involucradas y para confirmar la situación jurídica de los niños nacidos como resultado de estas prácticas.

El proyecto del nuevo Código Civil argentino en su art. 242, establecía que *“la maternidad quedará establecida (...) por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”*. Lo cual generaría un conflicto en caso de maternidad subrogada.

El diputado de Neuquén Hugo Nelson Prieto del Partido de la concertación, presentó ante la cámara de diputados de esa provincia un proyecto, que tramita en las Comisiones de legislación General, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Acción Social y Salud Pública, y presupuesto y hacienda.

En dicho proyecto se propuso la creación de una “Agencia Pública de la Maternidad Subrogada” (APMS), que funcionaría como entidad descentralizada bajo la órbita del ministerio de Salud nacional, lo cual permitiría el alquiler de vientre siempre y cuando se firme un compromiso a homologarse por autoridad competente, lo que volvería legal el procedimiento.

Este proyecto planteó que la maternidad subrogada, podría realizarse a cambio de una compensación económica, y podrían ejercerla mujeres de hasta 35 años con al menos cinco años de residencia en la Argentina y que se encuentren inscriptas en el Registro de la APMS.

Las mujeres que alquilaran su vientre no podrían participar en más de dos procedimientos de maternidad subrogada, ni padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo, o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al nasciturus.

El proyecto de Prieto también especifica la filiación de las niñas y los niños nacidos del alquiler de vientre: su inscripción debería contener el nombre y el apellido del o los

subrogantes, no de quien llevó adelante la gestación. Lo que generaría un conflicto ante el derecho de la persona a conocer su identidad, sus orígenes.

Este tema fue y sigue siendo un caldo de discusiones y polémicas, debido a cuestiones éticas, jurídicas y sociales que se han discutido al respecto. Ciertamente, los avances científicos son grandes, pero los procedimientos son complejos, ya que está en juego la vida de una persona, concatenado esto a la libertad de procreación y los límites de dicha libertad (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011).

En el año 2012, se presentó un caso de maternidad subrogada en Argentina, el cual sentó una nueva base en la jurisprudencia del país. El mismo se halla comprendido en el fallo del Juzgado Nacional de la Instancia en lo Civil, n°86, del día 18 de junio de 2013. Se trató de la hija de Juan de Gregorio y Maica Moraes, quienes tuvieron una niña aportando sus gametos, por medio de una amiga de Maica, quien altruistamente prestó su vientre.

Luego de batallas legales durante más de un año, en junio de 2013, la jueza Carmen Bacigalupo le otorgó la maternidad subrogada al matrimonio, luego de confirmar la filiación biológica por medio de un examen de ADN. Con dicho fallo, la beba pudo tramitar su partida de nacimiento y su documento nacional de identidad.

La presentación para que los autorizaran a inscribir a la beba se basó en el artículo 19 de la Constitución Nacional, como también en la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y en el entonces ante-proyecto de Reforma del Código Civil.¹

En el ámbito del derecho a la identidad y de conocer los orígenes de una persona, puede marcarse como antecedente el fallo dictado por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal el día 29 de abril del presente año.

El caso se trató de un matrimonio que interpuso una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el fin de que se disponga la creación de un registro que contenga toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gameos

¹ Roberchie, Graciela: “Primera vez en el país. La justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado”, en Clarín, pág.30, 26 de junio de 2013.

legalmente habilitados en el país, referida a la identidad de los donantes. Pidieron ello con la finalidad de que sus hijas, y todas las personas nacidas por medio de fertilización asistida con material heterólogo, puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho de conocer su identidad biológica, accediendo a dicha información con la correspondiente autorización judicial.

El matrimonio precisó que tenía dos hijas concebidas por fertilización asistida con óvulos donados por terceros, e indicaron que conocían la identidad de una de las donantes ya que su hija mayor fue concebida con material genético de una amiga de la familia, mientras que la hija menor fue concebida por medio un óvulo donado en un Centro Especializado en Reproducción. De este modo, desconocían la identidad de la donante.

La pareja argumentó que debido al hecho de que en la Argentina no está regulada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametos no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes. Por tal motivo, entendían que existía un riesgo de que la información referida se perdiera de forma definitiva.

En una primera instancia, la acción fue rechazada ya que el juez entendía que la acción intentada carecía de la madurez necesaria para configurar un caso controversial judicial y que se asemejaba a una opinión consultiva o una declaración genérica.

Ante dicha negativa, los actores apelaron y el caso llegó a la Sala V de la Cámara Contencioso y Administrativo Federal de la Capital Federal. En ella, se hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y se dejó sin efecto la sentencia apelada previamente, disponiendo ordenar al Estado Nacional que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida referido en ese caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente estableciera el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a dicha materia.²

² CNFed. Contencioso administrativo sala V ~ 2014-04-29 ~ C., E. M. y otros c. EN-Mº SALUD s/ amparo ley 16.986.

Dicho caso sentó una base para el derecho a la identidad de las partes que intervienen en un procedimiento de reproducción asistida, siendo de especial interés para los casos de maternidad subrogada, procedimientos en los cuales el derecho a la identidad se presenta como un argumento básico a tener en cuenta para su uso.

El trabajo se orienta a un análisis exploratorio que busque y analice antecedentes y leyes vigentes sobre la maternidad subrogada, tanto en otros países como en la Argentina.

De acuerdo a Hernández Sampieri, *“los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular”* (Hernández Sampieri, et all, 1991:58). A su vez, Scribano manifiesta que el estudio exploratorio abarca dos aspectos, en primer lugar el estudio de la documentación, archivos, informes, estudios y todo tipo de documentación, y en segundo lugar el contacto directo con la problemática a estudiar, es decir, el contacto con las personas que se hallan en condiciones de informar sobre el tema estudiado. (Scribano, 2002).

El estudio será de carácter cualitativo y consistirá en detallar algunos de los diversos aspectos jurídicos y morales que comprende la maternidad subrogada y su utilización en los distintos sectores de la sociedad. Luego, se analizarán los documentos que existan con respecto a la aplicación de la alternativa de la maternidad subrogada, a la vez que se mencionarán casos en que se utilizó la misma, con el objeto de obtener un mejor acercamiento a la realidad de dicho procedimiento. Se propone analizar los derechos de las partes que toman lugar en este mecanismo de reproducción.

Se analizarán tres tipos de fuentes. Por un lado las fuentes primarias, que como afirma Dankhe, constituyen datos de primera mano, tales como jurisprudencia y legislación (Dankhe, 1986). El Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino en comparación con la reforma efectivamente consagrada serán los principales documentos primarios sobre los que se asentará esta investigación.

En contrapartida, las fuentes secundarias son aquellas que incluyen información basada en fuentes primarias o directas, como doctrinas, comentarios o fallos, entre otros

(Hernández Sampieri et. Al. 1991), el trabajo incluirá comentarios o artículos de profesionales en cuanto a las nuevas regulaciones sobre maternidad subrogada en el actual Código Civil.

Finalmente se clasifican dentro de las fuentes terciarias, libros y artículos basados en fuentes secundarias, como artículos de periódicos.

La técnica principal que se utilizará para la recolección de datos será la de observación de datos y documentos. Según Hernández Sampieri, esta técnica consiste en detectar, obtener y consultar bibliografía proveniente tanto de fuentes secundarias como terciarias (Hernández Sampieri, et. Al. 1991).

En consecuencia, siguiendo a dicho autor, se utilizará esa técnica para analizar los diferentes textos referentes a la maternidad subrogada, considerando profundamente la jurisprudencia, doctrina y legislación, fundamentales para este tipo de investigación. Se buscará establecer, en base a ellas, cuáles son los derechos de las partes involucradas en el esta técnica de reproducción asistida por vientre subrogado, a la vez que se buscará determinar si existe viabilidad para la aplicación de este procedimiento en el país, cruzando lo establecido en leyes y lo que se refleja en la realidad.

Este trabajo de investigación busca analizar los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada con el objeto de demostrar si es viable y adecuada la implementación de la misma en nuestro país, teniendo en cuenta lo que determina la legislación, la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Se plantea analizar los antecedentes tanto dentro y fuera del país, como también estudiar casos actuales que buscan concretarse con la base de la reciente reforma del Código Civil, con el objeto de definir hasta qué punto es viable el uso de este procedimiento dentro de la Argentina, y en qué situación devienen las partes intervinientes.

El capítulo 1 de la presente investigación ahondará sobre los aspectos conceptuales de la maternidad subrogada, es decir, en qué consiste la misma, cómo es su procedimiento y qué partes intervienen en el mismo, como también las cuestiones legales a tener en cuenta en relación a esta herramienta.

El capítulo 2 hará referencia a la bioética, cuestión relacionada a la maternidad subrogada en diversos ámbitos. Se explicará qué es la bioética, cuáles son sus antecedentes históricos y qué relación se plantea entre la misma y la maternidad subrogada.

El capítulo 3 constará del desarrollo de algunas posturas a favor y en contra del uso de la maternidad subrogada, con el objeto de conocer en profundidad diversas posturas, a los fines de posibilitar un análisis crítico sobre el uso de esta herramienta de reproducción asistida.

El capítulo 4 consistirá en un desarrollo de derecho comparado, teniendo en cuenta la situación legal del uso de la maternidad subrogada en países del primer mundo, como Estados Unidos y algunos países europeos, como también en países en vías de desarrollo como los de América Latina.

Finalmente, el capítulo 5 constará de un análisis jurisprudencial que incluirá casos de Argentina como también casos del extranjero.

Las conclusiones permitirán afirmar o refutar la hipótesis planteada, de acuerdo a la cual Argentina es un país con el marco jurídico necesario para la aplicación de la maternidad subrogada, a pesar de presentar ciertas lagunas en cuanto a algunos aspectos de este procedimiento, se cuenta con suficiente jurisprudencia para otorgar un marco jurídico conveniente.

Se utilizarán en la investigación, textos normativos como el proyecto de modificación del Código Civil, el nuevo Código Civil, y el derecho comparado; comentarios de profesionales que estudian la problemática desde diversos aspectos; trabajos de investigación publicados y artículos relacionados.

CAPÍTULO I

MATERNIDAD SUBROGADA

1.1 Concepto de maternidad

En su origen etimológico, el término maternidad proviene de materno, lo cual significa “estado o cualidad de la madre” (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 1992, pág. 1337). A partir de ello, se habla de la relación existente entre la madre y los hijos, ya que por madre se entiende *“la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc”* (Casanova, 1980, pág. 25).

A partir de ellos, el concepto de madre no implica sólo parir al bebé, sino criarlo, cuidarlo y educarlo. No obstante, la maternidad puede definirse desde cuatro puntos de vista: el etimológico, el gramatical, el biológico y el jurídico.

Etimológicamente el término madre proviene del latín “mater/matris”, que a la vez deriva del griego “mater/matrós”; gramaticalmente, el diccionario de la Real Academia Española define la maternidad como el “estado o cualidad de madre” y a la madre como “hembra que ha parido”.

Desde un punto de vista biológico, la maternidad antecede a la paternidad tanto biológica como jurídicamente, ya que se sustenta en una maternidad cierta presentada por el hecho del parto y la identidad del descendiente. Ello es un principio indiscutido en toda relación de filiación, que se sustenta no sólo en su certeza sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia (Tello, 2013).

Finalmente, desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, lo cual en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación), o de la ficción de ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente (Tello, 2013).

La maternidad subrogada dio lugar a formas de maternidad compartida que fueron clasificadas por la doctrina según la intervención de cada una de las mujeres. Así, se puede

distinguir: la maternidad plena, que une la relación biológica, tanto genética y gestante, con el ejercicio y cumplimiento de los deberes de la maternidad; la maternidad genética, que se basa en quien dona los óvulos, como también aquella en que la mujer lleva adelante una gestación de un embrión a partir de un óvulo donado; y la maternidad legal, la cual es asumida por quien se hace cargo de los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, aunque no existan vínculos biológicos. De este modo se puede ver cómo lo que hasta hace poco era una certeza basada en el parto, ha sido modificado ahora por la aparición de otros criterios (Tello, 2013).

1.2 La maternidad subrogada

Según la Dra. Hildara Araya (2012) desde el punto de vista genético, existen diversos tipos de maternidad subrogada, entre ellos, según quien aporta los gametos:

- Tradicional: en este tipo de maternidad por sustitución, la madre gestante aporta su óvulo, pero el espermatozoide es aportado por el padre que solicita el servicio de subrogación o por un donante. Utilizando este medio, el bebé es concebido por fecundación in vitro o inseminación artificial.
- Gestacional: el óvulo y el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita el servicio de subrogación. De este modo, la mujer que lleva a cabo el embarazo no tiene relación genética con el bebé, por lo cual se considera madre portadora o madre gestacional. La fecundación es in vitro.

O, por otra parte, la maternidad subrogada puede clasificarse según los acuerdos económicos que existan de por medio. De acuerdo a esta clasificación, la maternidad subrogada puede ser:

- Altruista: la mujer que lleva a cabo el embarazo no tiene fines de lucro, es decir, no obtiene ninguna remuneración o pago por su servicio. Los padres que lo solicitan se hacen cargo de gastos médicos y legales, y en algunos casos otorgan una compensación

para el bienestar del embarazo y de la madre portadora, como atención psicológica, alimentación o ropa maternal.

- Lucrativa: la madre gestacional ofrece llevar a cabo el embarazo a cambio del pago de una suma de dinero. Estas madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada. El monto que recibe es negociado entre las partes y especificado en un contrato, el cual suele contemplar los pagos adicionales para embarazos múltiples o de alto riesgo. (Hildara Araya, 2012).

Según Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, la maternidad subrogada es: *“el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste”*. (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011, pág 6).

1.3 Los derechos reproductivos

La Plataforma de Acción de Beijing propuso: *“El derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud y en particular su propia fecundidad es fundamental para su emancipación”* (párr. 92 *in fine*, CW 8 AC 177/20).

A partir de ello surge el derecho de controlar la propia fertilidad, que se erigiría como la mayor garantía con que contaría la mujer para ejercer la plena libertad de sus derechos sexuales sin tener que asumir las posibles consecuencias.

Dicha emancipación colocó a las mujeres en idéntica posición que los hombres, pues conseguirían que su sexualidad fuese operación y no naturaleza. Así, la sexualidad se ejercería puntualmente cuando se quisiera, y se prescindiría casi por completo de ella cuando no se ejerciese.

Con ello se reivindican diversos derechos reproductivos, entre ellos el derecho a un hijo mediante el libre recurso de las técnicas de reproducción asistida.

Frente a esta ideología se erigió otra posición que respeta pautas naturales y culturales muy acendradas. Destacan que la defensa de algunos de los derechos que reivindican, entre ellos el uso de técnicas de reproducción asistida sin ningún límite ataca convicciones religiosas o confesionales y valores que son universalmente aceptados y reconocidos por textos internacionales, muchos de ellos incorporados en el derecho de diversos países.

Para esta segunda corriente, la visión antropológica desde la perspectiva de género no sólo está alejada de otras concepciones diferentes de la persona humana, sino que implican un ataque frontal a uno de los derechos humanos básicos que es el derecho a la vida.

Es por este encuentro de diversas corrientes que la inclusión de las recomendaciones en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia presentó numerosos debates en rechazo absoluto de varias delegaciones estatales, en especial, la Santa Sede y algunos países islámicos.

Se puede constatar que el debate estuvo motivado por el deseo de introducir los derechos reproductivos como derechos humanos universales. No obstante, ello pone de manifiesto no sólo el reconocimiento de los mismos sino también su significado: la relación entre libertad, responsabilidad y el concepto mismo de la naturaleza humana. (Chiapero, 2012).

1.4 La salud reproductiva

La primera formulación expresa que se hizo de estos derechos fue en la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo, que fue celebrada en El Cairo en el año 1994. La misma apareció luego con su misma redacción en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.

En estas conferencias se definió el concepto de “salud reproductiva”, para luego determinar el alcance de los derechos reproductivos.

Las mismas manifestaban: *“Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y de libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y el de planificación de familia de su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces y asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos, y ofrezcan a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de reproducción sexual”* (Conferencia mundial de Población y Desarrollo, 1994, párr. 94, Cap. IV, Sección C, p.45).

Luego, se definieron los derechos reproductivos de la siguiente manera: *“los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobadas por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.*

La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos, debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia” (Conferencia Mundial de la mujer, 1995, párr. 94, p. 45 y 46).

Puede verse reflejada en ambas conferencias la preocupación por definir los derechos reproductivos, aunque sin embargo, no hay ningún texto internacional ni leyes locales que aludan de manera expresa a ellos, al menos con esta terminología.

No obstante, muchas facultades que comprenden la procreación humana han sido reconocidas por ordenamientos jurídicos y declaraciones internacionales de derechos humanos.

El derecho a la salud goza de reconocimiento universal como derecho humano, con contenido y alcance cada vez mayor, definido como un estado general de bienestar físico, mental y social, incluido el emocional. Su universalidad y amplitud han convertido a la salud en una preocupación social y en un objetivo prioritario de las políticas internacionales.

Pero si la salud se refiere a la sexualidad y procreación humanas, la cuestión se torna más compleja, ya que no concurre el derecho de un solo individuo sino por lo general, de al menos dos, por lo que aparece la cuestión de las limitaciones recíprocas.

Si dichas limitaciones no son respetadas, el derecho a la vida y a una vida saludable corre el riesgo de transformarse en un derecho contra la vida, donde el hijo puede llegar a ser considerado un riesgo o daño para el bienestar personal o económico de sus progenitores.

Por ende, las limitaciones de los derechos recíprocos deben encontrar un buen cause donde transitar por la vía del respeto. De no ser así, la procreación puede entrar en la compleja trama del sistema capitalista, donde dejaría de ser un valor en sí mismo para convertirse en un valor del consumo; donde el hijo deja ser un valor incondicional y pasa a ser un objeto que puede evaluarse según una escala de preferencias contingentes, valoradas por los ciudadanos individualmente y también quizás por el Estado (Maglio, 2001).

Como resultado, el concepto de “libertad” se amplía a límites tales de autodeterminación autónoma individual que terminaría restringiendo el derecho a la vida, de manera proporcionalmente inversa. A partir del análisis de esta realidad, puede afirmarse que la procreación humana, en otro momento un hecho sólo natural y fisiológico, puede ser en la actualidad un hecho artificial.

Por otro lado, puede agregarse también que la procreación puede ser vista como un riesgo de daño, lo cual explica la irrupción de las intervenciones de la medicina de reproducción en pos de garantizar el ejercicio pleno de ciertos derechos reproductivos.

Estas participaciones –que algunas veces se traducen en una mera asistencia técnica de ayuda, mientras otras implican medios terapéuticos contra la esterilidad- son prácticas verdaderas que, en tanto no exista un marco regulador específico que las contemple, plantean serias objeciones por su aptitud para generar daños a terceros.

Se debe afirmar que si bien el derecho a la salud de la población ostenta el más amplio reconocimiento, las políticas que se formulen a su respecto no pueden jamás soslayar el contexto cultural de los destinatarios de estas prácticas, ni los valores religiosos y éticos que se encuentran profundamente arraigados en las raíces sociales de los pueblos. Esto debe darse así porque de lo contrario, el derecho a la salud terminará enfrentándose con la dignidad de las personas e incluso con su derecho más fundamental: el derecho a la vida (Chiapero, 2012).

1.5 La dimensión jurídica de los derechos reproductivos

Este tipo de derechos plantea la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad. De allí que para referirse a ellos deben precisarse las facultades o potestades jurídicas de actuaciones que entendemos incluidas bajo su amparo.

El conflicto central que surge del planteo de estos derechos está relacionado con que se pretende legitimar cualquier tipo de conducta relacionada con la procreación humana, haciendo alusión a un derecho ilimitado y absoluto a la autodeterminación física.

Esta concepción supone conceder al individuo derechos soberanos sobre su cuerpo, haciendo de la autonomía personal un bien supremo, que llega incluso hasta la afirmación de que el derecho a elegir es más importante que el elegido.

Ante esta postura, un Estado pluralista y laico no podría tomar partido sobre dicha materia, y debería limitarse a garantizar la libre elección individual de sus ciudadanos, con independencia de su significación. Es decir, debe abstenerse de hacer juicios de valor sobre su contenido y alcance.

Por ende, el papel del Estado y el derecho aparecería limitado a respetar y proteger cualquier decisión reproductiva, facilitándole los medios para acceder legalmente a ellas.

No obstante, dicho enfoque sobre la laicidad del derecho y del Estado podría ser incorrecto. El derecho es laico porque reconoce al hombre el ejercicio de sus derechos y legítimas expectativas, sin distinción de raza o religión, sino en virtud de su dignidad y condición de ser humano. Sin embargo, la laicidad en la defensa de la vida no consiste en fomentar un pluralismo ético absoluto, pues el derecho nunca es neutral, sino que siempre encierra un juicio de valor.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos, la mayoría de los juristas sustenta la noción de derecho sólo sobre dos pilares: el derecho subjetivo y la ley. A menudo pierden de vista que para que haya derecho, tiene que haber cosa debida. Es a partir de allí que se centra la cuestión principal en relación al uso de técnicas de reproducción asistida: se debate si el fundamento último del derecho debe ser iusnaturalista o positivista. Es decir, debe decidirse si el objeto de la justicia consiste en dar a cada uno su derecho subjetivo o en dar la cosa justa, también llamada “lo justo” o “lo suyo”.

En ese marco, los problemas éticos y jurídicos suscitados por la biogenética y la biotecnología no son reducibles al ejercicio de una libertad fundamental, sino que requieren la elaboración de normas que delimiten las manipulaciones o intervenciones incompatibles con la dignidad del ser humano.

Ello se explica porque, a la par de la libertad positiva, existe un ámbito de libertad negativa, es decir, de límites que tienen que ver con la no vulneración de otros derechos o bienes jurídicamente protegidos.

De ese modo, no es dable entender el término “persona” sólo como concepto jurídico, sino como concepto moral: con independencia de sus condiciones de existencia biológica, social y política.

Por otra parte, la dignidad de la persona es una cualidad esencial de todo ser humano, mientras que el desarrollo de la personalidad es una tarea o conquista. Con ello, no puede reconocerse el derecho genérico al hijo, ni pueden coonestarse aquellas facultades o poderes de actuación que impliquen un atentado contra los derechos fundamentales o libertades humanas, como el derecho a la vida, el derecho a una identidad genética, el derecho a la integridad física, existencial y psicológica, el derecho a una familia y el derecho a la identidad del nacido.

Esto ocurre así porque los derechos humanos que reconocen protección en las convenciones internacionales son los inherentes a la condición humana. Por ello, sería contradictorio sostener derechos humanos a favor de ciertas personas que signifiquen negarles a otras el mismo o similares derechos.

El principio básico establecido es la igualdad entre todos los integrantes de la especie humana, sin distinción de ninguna clase y por el simple hecho de pertenecer a ella.

Tales conceptos quedaron plasmados en diversas normas jurídicas reconocidas universalmente. De este modo, “persona” es *“todo ser humano”* y *“toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1º.2 y 3º, respectivamente); *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole... o cualquier otra condición”* (Declaración Universal de Derechos Humanos, art 2º.1), (Chiapero, 2012).

1.6 Los límites de los derechos reproductivos

Todo derecho subjetivo supone un conjunto de facultades o poderes jurídicos de actuación. Sin embargo, conlleva también un número de deberes que el derecho impone al titular y a terceras personas en el caso de los derechos de procreación.

Tal como se definen actualmente los derechos reproductivos por las concepciones libertarias, el derecho a la procreación tiene más libertad negativa que positiva: se pretende garantizar más el derecho a no tener hijos que a tenerlos.

Sin embargo, entre las facultades que fueron reconocidas por conferencias internacionales figuran los derechos al control sobre la propia fertilidad, a la integridad física del cuerpo humano, a gozar de salud reproductiva, al libre acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, a las relaciones sexuales seguras y a la educación e información.

La libertad y el derecho de las personas para decidir el número de hijos y el espaciamiento de nacimientos no se encuentra en discusión, y pertenece al ámbito de mayor inmunidad y exclusión de injerencia externa que corresponde a todo individuo. No obstante, es la titularidad individual de ese derecho lo que genera discusiones. Es decir, lo que se cuestiona es la reivindicación de este derecho como individual, con prescindencia de su dimensión interpersonal y del interés del hijo.

Por lo tanto, el problema más importante que plantean estos derechos no radica en el reconocimiento de la libertad para realizar actos humanos para engendrar prole, sino en el olvido del segundo requisito de la decisión procreadora, cual es su ejercicio responsable.

En suma, se discute si hay un derecho al hijo. Si la respuesta se considerara afirmativa y se admitiera ese derecho en términos absolutos, ello traería aparejado admitir el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a un hijo mediante el uso indiscriminado de técnicas de procreación asistida sin limitaciones, el derecho a la esterilización y a la elección de cualquier método anticonceptivo.

En contraparte, si se parte de la premisa de que los derechos reproductivos -como todo derecho subjetivo- implican deberes, se puede concluir que las parejas y los individuos

no tienen derechos absolutos en materia de procreación, sino que la reglamentación del acceso a los recursos que brinda la ciencia y la técnica moderna debe tener en cuenta las necesidades de los hijos nacidos y futuros.

El ejercicio de los derechos reproductivos debe ser llevado a cabo de manera responsable; por ello, todas las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación familiar, deben promocionar su ejercicio responsable.

En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, de 1994, reconoce a las personas pertenecientes a las generaciones futuras los derechos a la libertad de opción (art. 2); a conocer sus orígenes y su identidad (art. 4); y el derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, en las diversas expresiones de su identidad, y en donde se propicia prohibir la causación de daño, de cualquier manera que sea, a la forma humana de vida; en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana -así como el genoma y la herencia genética de la humanidad- o tiendan a destruir en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Chiapero, 2012).

1.7 El derecho a la identidad del niño nacido por subrogación

La identidad es el marco en el cual se articulan experiencias pasadas, presentes y futuras, abarcando toda clase de pertenencias, desde biológicas a culturales. Por lo tanto, dentro de estas experiencias se encuentra todo lo relacionado con el comienzo de la vida y la propia existencia.

Por lo general, se entiende por derecho a conocer el propio origen la facultad de acceder a todos aquellos datos referidos a la ascendencia biológica y genética propia, o sea, quiénes han sido los progenitores, y las condiciones de la propia concepción y nacimiento. Este interés es una entidad que puede ser considerada objeto de un derecho fundamental, ya que forma parte del desarrollo de la personalidad, hace a la igualdad de todos con independencia del nacimiento, y atañe de manera especial al ámbito de la privacidad e

intimidad y a ciertos aspectos de la integridad psico-física de una persona (Ales Uría, 2014).

La Convención de Derechos del Niño celebrada en 1989 fue el primer instrumento internacional en consagrar explícitamente el derecho del niño a conocer sus orígenes, expresando en su artículo 8 el derecho de todo niño a conocer su identidad. La misma, en la concepción de este cuerpo normativo, abarca la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Además, reconoce el derecho del niño a poseer una identidad personal. Los artículos 7 y 8 se refieren no sólo a los padres sociales o legales, sino también a los biológicos o genéticos. Así, el derecho a conocer los padres y a preservar la identidad debe relacionarse con el derecho a preservar la propia identidad. Éste debe ser ejercido dentro de cada marco legal estatal.

Si bien esta carta de derechos se aplica a las personas menores de 18 años, la Convención de Derechos del Niño dio lugar al reconocimiento del derecho a la identidad como autónomo, sustantivo e independiente. Por tanto, su reconocimiento no es sólo predicable a favor de los menores de edad, sino que se extiende durante toda la vida del ser humano: la inquietud de conocer la proveniencia y las circunstancias del comienzo de la existencia propia de cada uno aumentan a lo largo de los años y por lo general, cobra mayor intensidad a partir de la adolescencia. De este modo, el derecho a conocer el propio origen no decae con los años sino que se reconoce a lo largo de toda la vida del individuo (Ales Uría, 2014).

1.8 Conclusiones

Los derechos reproductivos son un derecho consagrado para todos los habitantes del mundo, de acuerdo a diversas legislaciones de diferentes países, pero basadas en acuerdos internacionales que los incluyen dentro de los derechos de la personalidad. Dentro de ellos, se encuentra el derecho a tener hijos por medio de técnicas de reproducción asistida, aunque el procedimiento de estas técnicas no está regulado en todas las legislaciones, como tampoco las soluciones frente a los debates sobre el derecho a la identidad del niño frente a los intereses de las madres gestantes y los padres biológicos dentro de un acuerdo de

maternidad subrogada. No obstante, ésta es una práctica llevada a cabo en diversas partes del mundo, por lo que su análisis implica una temática actual y aplicada en muchos ámbitos.

CAPÍTULO II

BIOÉTICA

2.1 Concepto de bioética y reseña histórica

La bioética, tal y como su nombre lo indica, tiene base en la ética, la cual es una reflexión filosófica que estudia la validez conceptual de las normas morales. La ética médica es la aplicación de conceptos, principios y teorías éticas a la práctica de la medicina (Maglio, 2001).

Desde tiempos antiguos, la ética médica estuvo centrada en el principio de beneficencia, en referencia a aquello que era considerado lo mejor para el paciente. No obstante, lo “mejor” era subjetivo, ya que era definido por el médico: era él quien decidía qué era lo más conveniente para el paciente y esto era aceptado socialmente.

A partir de los 70, tuvieron lugar tres transformaciones que cambiaron totalmente ese paradigma. Por un lado, la transformación tecnológica, la cual presentó la posibilidad de que el médico ya no buscara siempre beneficiar al paciente. A partir de ello nació el principio de “no maleficencia” (Maglio, 2001).

En 1968, el “mayo francés” presentó un cambio social que significó el deseo de la sociedad de tomar parte activa en las decisiones. En este marco, la relación médico-paciente consistía en que el paciente tuviera derecho a elegir o rechazar determinados tratamientos que pudieran influir en su calidad de vida. Este fue el llamado principio de la autonomía, el cual tiene en cuenta también la autonomía de sus familiares y la del médico.

Finalmente, se dio una transformación política que permitió el establecimiento del principio de justicia distributiva. Así, los recursos deben ser distribuidos de manera equitativa, especialmente en el ámbito de la salud. (Maglio, 2001).

A partir de los mencionados principios, se confeccionaron diversas teorías sobre la llamada bioética. En 1971, Van Potter la definió por primera vez como: *“El estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias y la salud, en cuanto esa conducta sea examinada a la luz de los valores y principios morales”* (OPS, 1990).

En 1979, Beauchamp y Childress la definieron como: *“la aplicación de teorías éticas generales, principios y reglas a problemas de las prácticas terapéuticas, la asistencia de la salud y la investigación médica y biológica”* (OPS, 1990).

En consecuencia, la bioética no se opone al desarrollo científico y tecnológico, sino que marca las reglas por las cuales debe regirse para respetar los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia. (Maglio, 2001).

2.2 La maternidad subrogada desde el punto de vista de la bioética

Teniendo en claro el concepto de bioética y los principios bajo los cuales se rige la bioética, se pueden plantear algunos de los debates que han surgido a lo largo del tiempo en relación a la maternidad subrogada.

Por una parte, se trata de un contrato que tiene por objeto una vida humana, siendo el cuerpo de la madre el instrumento utilizado para conseguirlo. Por ende, se discute si es moralmente correcto llevar esto a cabo, considerando que quizás se trate de una manipulación del cuerpo femenino, y que éste puede presentar consecuencias debido a los diferentes tratamientos a los que debe someterse la gestante para alcanzar el embarazo.

Por otra parte, el procedimiento de la gestación puede atentar contra la salud tanto física como psíquica de la mujer gestante. A raíz de un embarazo, su salud física puede verse amenazada ya que su condición puede influir en ella; además, su integridad psíquica puede encontrarse en conflicto en el momento en que da a luz. Las mujeres gestantes no pueden conocer previamente cuáles son las actitudes que tendrán hacia los niños durante y una vez finalizado el parto, lo cual significa que la madre sustituta puede presentar trastornos psicológicos que requieran tratamiento.

Finalmente, si la vida de la mujer gestante peligrara, se presentaría otro conflicto en cuanto a la tarea del médico. Desde un punto de vista ético, se vería en un compromiso de decidir a quién salvar, enfrentándose luego a los procedimientos legales que pueden

presentársele debido a dicha decisión (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación – CLADEM-, 2011).

Desde la perspectiva de la ciencia bio-médica, se recomienda la estimulación precoz del niño de modo que experimente ya en el seno materno todo su potencial biológico, psicológico y social. Este proceso parte de que el desarrollo y la maduración del sistema nervioso central del ser humano se inicia a partir del décimo séptimo día luego de la fecundación. Este sistema es el centro de control de las vivencias del niño, por lo cual esta etapa de la vida humana generó gran interés científico y los resultados obtenidos determinaron un cambio de paradigma en cuanto a su importancia. Desde este punto de vista, el bebé antes de nacer es un ser con capacidades comunicacionales actuales, que establece una relación única e irrepetible con todo lo que lo rodea, en particular, con la madre gestante (Laje, 2011).

El niño, durante el proceso de gestación, es un ser social que percibe amor o rechazo, placer o dolor y hasta siente las alteraciones emocionales que acompañan a la mujer durante el proceso de embarazo. Por esto es que el vínculo entre el bebé y la gestante es de primera importancia (Laje, 2011).

Sin embargo, otros estudios han comprobado que si bien dicho vínculo es de extrema importancia, en muchos casos su ruptura no significa que el niño se desarrolle incorrectamente. Tanto en casos de subrogación de vientres como de adopción, los niños encuentran un hogar con padres que les brindan la educación y los cuidados necesarios, dándoles un espacio propicio para su buen desenvolvimiento social y psicológico. (Camacho, 2009).

2.2.1 La relación madre e hijo

Un enfoque bioético brinda la posibilidad de fundamentar desde lo científico, antropológico y ético esta realidad que presenta tantas aristas. Para esto, es necesario

comprender qué pasa en la vida humana en sus fases iniciales y las relaciones que se van gestando durante su desarrollo (Bolton, 2010).

La fecundación comienza con el reconocimiento específico de los gametos de los padres, el cual da lugar a un intercambio de señales moleculares que permiten la activación mutua en etapas sucesivas. Para ello, es necesario que los gametos se encuentren en un estado de inactivación o silenciamiento de la expresión génica y que tal situación sea eliminada por la presencia e interacción con el otro gameto (Bolton, 2010).

Luego de la fecundación, comienza el desarrollo celular. Desde el primer día, el embrión comienza a comunicarse con la madre a través de interleuquinas IL-1, las cuales interactúan con receptores específicos de las trompas uterinas. Así es como se inicia un encuentro que dará lugar a una historia generada por un diálogo mediado por moléculas (Bolton, 2010).

Si la madre no contara con un sistema inmunológico tolerante, el embrión sería espontáneamente rechazado, pero gracias a su presencia, son desactivados todos los procesos biológicos naturales que la defienden contra todo cuerpo extraño.

En cada secuencia del desarrollo intrauterino, se da una íntima relación entre madre e hijo; el diálogo molecular se complementa con moléculas de superficie, que actúan a modo de piel y factores intrínsecos por parte del embrión que le otorgan la vitalidad necesaria para recorrer los 5 primeros días con energía que le es propia (Bolton, 2010).

Al producirse la implantación en la pared endometrial, lo cual se da en la primer semana, el embrión penetra en las capas del endometrio para tomar contacto con los vasos sanguíneos maternos y recibir la energía necesaria para su desarrollo. Este momento marca la presencia de un diálogo tisular (Bolton, 2010).

2.3 Una reflexión bioética

La fecundación da comienzo a un itinerario que se mantiene inalterable en las distintas etapas de la vida: el embrión humano con su dotación genética y teleología propia

marca una realidad ontológica, transformándolo en un ser privilegiado dentro de la creación (Bolton, 2010).

Ser madre está unido a la estructura personal de la mujer, ya que la experiencia de gestar un hijo desarrolla cambios funcionales mediados por hormonas, que afectan el cerebro de la mujer embarazada, preparándolo para estar atenta a cualquier requerimiento del hijo, configuración que acompañará el vínculo madre-hijo en forma estable a lo largo de toda la vida (Bolton, 2010).

Diversos hallazgos científicos muestran una comunicación entre la madre y el feto, que señala la presencia de células fetales en órganos de la madre; éstas son valoradas por la capacidad para regenerar y rejuvenecer el cuerpo de la mujer y para la reparación del corazón en madres con cardiopatías (Bolton, 2010).

Desde los datos aportados por la ciencia no estamos en presencia de un ser en proceso de humanización, sino en presencia de un ser humano con sus potencialidades. Profundizar en la biología de la generación de un nuevo ser, significa comprender la absoluta unicidad y dignidad humana.

El interrogarnos desde el punto de vista moral es inherente a toda persona humana, y en la elección que realicemos participaremos o no de nuestro fin trascendente (Bolton, 2010).

Se puede decir que desde hace unas décadas la fecundidad y la maternidad han pasado a pertenecer al “orden médico”. Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos posibilitaron el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistidas como alternativas a la esterilidad, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo. La concepción y la maternidad pueden ser controladas con la “maternidad intervenida”, la cual ya no comienza en las profundidades del cuerpo femenino sino en el laboratorio, donde genes, embriones y fetos son fiscalizados por el control médico (Mir Cajal, 2010).

La aparición de estas nuevas tecnologías genera nuevos retos éticos como también nuevas respuestas socio-culturales. Se presentan distintas razones para analizar el uso

creciente de técnicas de reproducción asistida, desde el número mayor de especialistas, el aumento de porcentajes de infertilidad en algunos subgrupos sociales, las dificultades para lograr la adopción, las expectativas generadas por las propias y nuevas técnicas, hasta la sensibilización y divulgación del tema a través de los distintos medios de difusión (Mir Cajal, 2010).

En Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética se debatió si la maternidad subrogada constituye una respuesta a aquel imaginario social que desde tiempos remotos considera a la mujer como la responsable de la infertilidad de la pareja. Por ello, el cuerpo femenino es sometido con mayor preponderancia a múltiples pruebas y hasta puede llegar a una maternidad sustituta (Mir Cajal, 2010).

Las técnicas constituyen hoy un modo de presión sociocultural para la mujer en relación con la maternidad. Incluso aquellos que están a favor de la legalización de la maternidad subrogante, temen la instrumentalización de la mujer gestante, reduciéndola a un mero recipiente de ingredientes genéticos. El uso mercantil del cuerpo de la mujer, sustentado en transacciones lucrativas, transformaría a las madres y a los niños en meros bienes de compra y venta, a excepción de que haya mediado una gestación altruista en ayuda de algún familiar. En Estados Unidos, esta situación ha llevado a prohibir los contratos que involucran dinero en algunos estados mientras que en otros, las parejas firman contratos lucrativos en centros de madres sustitutas. Los convenios se realizan en el marco del derecho de familia, y se exime a la madre gestante de los derechos y obligaciones de crianza (Mir Cajal, 2010).

En diversos países de América Latina, donde importantes sectores de la población tienen sus necesidades básicas insatisfechas por el aumento de la pobreza, la relación contractual entre la madre portadora y la pareja que alquila puede llevar a situaciones de explotación y/o coerción imposibilitando la autonomía de la mujer. A su vez, se estaría transformando la situación en un comercio con amplias ganancias de lucro para clínicas e intermediarios. Si la subrogación se convierte para la madre subrogante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una estabilidad económica para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación puede considerarse nula. En tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a

convertirse en “fabricantes de bebés” para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios (Mir Cajal, 2010).

Se entiende que la libertad reproductiva como derecho humano implica igualdad de expectativas y oportunidades basadas en ayudar a mitigar las desventajas de género que sufren las mujeres en relación con la reproducción. También conlleva la promoción del bien y bienestar de la mujer. No obstante, si la subrogación genera mayores inequidades sociales y representa daños y reducciones al bienestar emocional, este tipo de libertad reproductiva no es posible para amplios sectores de mujeres latinoamericanas. La mercantilización del cuerpo de la mujer que transforma la subrogación en un trabajo de sobrevivencia frente a la crisis económica y el desempleo. Mientras tanto, se mantiene en falta de análisis dentro de la maternidad subrogante temas como la filiación, los aspectos psico-sociales de la misma, la atención a los derechos del niño, el derecho a la identidad y el vacío legal que existe en Argentina (Mir Cajal, 2010).

La existencia de técnicas reproductivas que posibilitan este procedimiento, desafían a nuestra sociedad a repensar sus usos en tanto trascienden el deseo individual de una mujer de ser madre, ya que el uso de estas técnicas no es ni humano ni antihumano, sino producto de relaciones sociales profundamente marcadas por las condiciones sociales (Mir Cajal, 2010).

2.4 Conclusiones

Desde el punto de vista de la bioética, la maternidad subrogada se considera un procedimiento dominado por las ciencias médicas. La existencia de herramientas tecnológicas en la Argentina permiten la implementación de la misma, aunque desde la perspectiva ética, se presentan diversos debates que tienden a no recomendar su uso, debido a las altas posibilidades de que una alternativa para padres que no pueden concebir, se torne en una herramienta de explotación de la mujer, teniendo que someterse la misma a este tipo de negociaciones contractuales, no como resultado de un derecho reproductivo, sino como medio para paliar una situación económica difícil.

Es por ello que el uso de este instrumento debe responder principalmente a un ejercicio de derechos reproductivos, por lo que debe existir un cuerpo normativo que determine cómo aplicarlo sin correr riesgos de abusos y explotaciones. La Argentina ha presentado algunos indicios de intención de regular este proceso, aunque no lo ha hecho claramente, como otros países que legislaron detalladamente esta práctica.

CAPÍTULO III

DEBATES SOBRE EL USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

3.1. Posturas en pro de la maternidad subrogada

3.1.1 La voluntad procreacional

Este concepto expresa que cuando se utiliza el instrumento de la maternidad subrogada, el elemento determinante de la filiación es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y posterior alumbramiento.

Así, el elemento central, determinante y base es la voluntad de ser padre y no quién o quienes aportaron material genético. De este modo, sea que en la práctica médica se utilice el material genético de la pareja o de alguien externo a quien lleva adelante el proyecto parental, el vínculo filial queda determinado por la voluntad pro-creacional, con total independencia de a quien pertenezca el material genético (Kemelmajer de Carlucci, Lam y Herrera, 2013).

El 23 de febrero de 2011 se elaboró en Argentina la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta comisión estaba formada por dos ministros de la Corte Suprema de la Nación y una profesora, quienes en marzo del mismo año elevaron al poder ejecutivo un proyecto que sería evaluado luego por el Congreso de la Nación.

Dichas comisiones redactaron el título V del proyecto en cuestión, llamado “filiación”. El capítulo 2 del mismo se titulaba: “Reglas Generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana”. El articulado que se presentó en dicho apartado fue:

El art. 560, trató sobre la importancia de que en las técnicas de reproducción humana asistida, se cuente con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las mismas. Este consentimiento debía prestarse ante escribano público cada vez que se procediera a la utilización de gametos o embriones. El consentimiento sería libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

El art. 561, se refirió a la voluntad procreacional, estableciendo que: *“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”.

Bajo el título de “Gestación por Sustitución”, el art. 562, establecía 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”.*

Si bien con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, no se concretó la inclusión de la maternidad subrogada en el nuevo articulado, sí se agregó un elemento de gran influencia para los casos de maternidad subrogada en el país: se reconoció la filiación en base a la voluntad pro-creacional, es decir, se incluyó en el nuevo Código la posibilidad de reconocer como primogénito a un hijo nacido por medio de técnicas de reproducción asistida, entre las cuales se encuentra la maternidad por subrogación.

De este modo, el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina expresa que *“la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.*

A su vez, el artículo 562 expresa que *“los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículo 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.*

El proyecto colocó a la República Argentina dentro de los escasos países que decidieron intentar la regulación de la gestación por sustitución. Esta decisión se fundó principalmente en una realidad mundial: esta técnica es practicada lícitamente en algunos países, por lo que muchas personas viajan con esos fines. Muchos niños han nacido a partir de este método, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia del vínculo que poseen con quienes han tenido la voluntad de ser padres y/o madres.

Por otro lado, el reconocimiento legal del matrimonio para personas del mismo sexo hizo necesario regular este tipo de filiación. Considerando que se les autoriza la filiación por adopción, se considera justo y necesario autorizarlas también al uso de técnicas de reproducción asistida.

Finalmente, se consideró más beneficioso contar con normas que regulen de manera clara y precisa el uso de estas técnicas, con el objeto de brindar seguridad jurídica a los usuarios de dichas técnicas y, especialmente, a los niños nacidos de ellas.

De este modo, puede afirmarse que la Argentina presentó un intento de regulación del procedimiento de la maternidad subrogada. Si bien no se aprobó concretamente, puede verse cómo hubo una postura legislativa en favor del uso de este instrumento, dentro de ciertas condiciones; a pesar de no haberse sancionado en el nuevo Código el artículo 562 del proyecto de Reforma, el reconocimiento de la filiación emergente de un proceso de reproducción asistida, fue un gran paso en pro de la utilización de este instrumento. El hecho de que la ley reconozca este tipo de filiación es un avance en cuanto a que se está poniendo en primer lugar, para la determinación de quiénes son padres, la voluntad que han tenido de procrear y de hacerse cargo del niño, sin tener en cuenta estricta y únicamente el material biológico.

3.1.2 El interés superior del niño

De no efectuarse una gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, el niño producto de la misma no existiría. En la actualidad, ningún estudio de psicología pre-natal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar puede presentar daños de ningún tipo para el niño naturalmente (Kemelmajer de Carlucci, Lam y Herrera, 2013).

Un estudio que investiga sobre los aspectos emocionales de esta práctica con seguimiento de estos niños por dos años y medio, afirmó que la estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar se encuentra ligada con la historia previa, la personalidad

de sus padres y el afecto que éstos le brindan, en oposición a la forma en que fueron concebidos. Por ende, las investigaciones cualitativas al respecto han sido favorables.

Otro estudio sobre niños concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, independientemente de si están relacionados genéticamente o no son sus padres, muestra que los resultados no difieren en sus niveles de adaptación psicológica con los niños concebidos naturalmente (Kemelmajer de Carlucci, Lam y Herrera, 2013).

En base a diversos estudios analizados, se puede afirmar que la gestación por subrogación no conculca ni viola el principio del mejor interés del niños sino que por el contrario, lo satisface. Las investigaciones empíricas al respecto arrojan resultados positivos en cuanto a la interacción entre padres y niños nacidos mediante dicho método. Con este punto de partida, el interés del niño debe analizarse a priori y a posteriori. A priori, dicho interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño para protegerlo.

A posteriori de su nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución, puede resultar en un daño sustancial para el niño, que ha nacido y que no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes de que exista (Kemelmajer de Carlucci, Lam y Herrera, 2013).

3.2 Posturas en contra de la maternidad subrogada

La reforma del Código Civil introdujo múltiples innovaciones en la regulación de las relaciones de familia.

Para algunos juristas, la falta de intensidad del debate unido a la magnificación de algunas voces en desmedro de otras, contribuyó a configurar en la sociedad una idea de que no existe nada moralmente relevante para discutir, ya que o bien los asuntos abordados son en sí mismos irrelevantes o bien no existen acerca de ellos posiciones divergentes (Seleme, 2013).

3.2.1 Debates morales sobre la maternidad subrogada

La variante de la maternidad por subrogación que más atención ha llevado y que más se ha polemizado fue aquella en la cual la gestante aporta su material genético a cambio de una suma de dinero. Esta subrogación comercial fue profundamente criticada. La objeción más común a este procedimiento es que se trata al cuerpo de la mujer como un objeto sujeto a las reglas del mercado. La mercantilización del cuerpo de la mujer es moralmente incorrecta y por tanto, también su práctica en la subrogación comercial.

La reforma del Código Civil no admitía dichas condiciones para la subrogación. El artículo 562 permitía y regulaba la subrogación gratuita, especificando en el inciso f) la exclusión de la posibilidad de ejercer la maternidad por subrogación comercial.

Según algunas posturas en contra de este procedimiento, el tratamiento de la maternidad por sustitución en el nuevo Código Civil presentaba dos dificultades: por un lado, la que hace referencia a que bajo el título de “filiación” fueron abordados una serie de asuntos vinculados a las relaciones entre padres e hijos, los cuales no todos están vinculados a la filiación en sí. El artículo 562 trataba de modo simultáneo dos asuntos que, según estas posturas, debían ser distinguidos: la determinación de la filiación en los casos de maternidad por subrogación y las condiciones en que es permisible la utilización de dicho procedimiento como mecanismo para la procreación. Para ellos, que existan razones para reconocer el vínculo filial entre el niño y su padre, no implica que también existan razones para considerar el acto por el cual se procrea como algo legalmente permitido (Seleme, 2013).

Ello se vio reflejado en los fundamentos del proyecto de reforma del Código Civil, que concluía en que existen razones para que la maternidad subrogada sea jurídicamente permitida como medio de procreación, debido a que es una técnica practicada lícitamente en otros países y que las personas que tienen los recursos en Argentina viajan para satisfacer su necesidad.

La segunda dificultad se vinculaba a las cuestiones morales que condujeron a la Comisión a no permitir la maternidad por subrogación comercial. Sin embargo, las tres razones expresadas en los fundamentos para permitir la maternidad por subrogación no

ofrecieron sustentos para la exclusión de la maternidad por subrogación comercial (Seleme, 2013).

La razón esgrimida para no permitir que las mujeres “alquilen sus vientres” se vinculaba al respeto por la gestante. Se consideró que permitirlo implicaba tratar a la mujer como si fuese un mero objeto, tratándose a la mujer como una “incubadora” cuyo uso es rentado. Así, permitir este tipo de prácticas implicaba mercantilizar su cuerpo. El modo de evitarlo, se sostuvo, consistía en prohibir la celebración de contratos de gestación por subrogación en los que la gestante recibiera contraprestaciones económicas.

No obstante, si lo moralmente inadecuado era que el cuerpo de la mujer fuera usado como un mero objeto, permitir su uso a título gratuito no implicaba una verdadera solución. La mujer habría estado igualmente “cosificada” aun si el uso de su cuerpo se realizaba sin que reciba una contraprestación.

De este modo, las mencionadas posturas plantearon que la maternidad por sustitución no debía ser permitida por el sistema jurídico argentino, sosteniendo que dicho procedimiento no respeta el valor de la autonomía. El compromiso del Estado con el valor de la autonomía determina que debe promover y proteger aquellos medios de procreación que son adecuados para engendrar un sujeto sobre el que nadie está autorizado a ejercer el control. Su argumento es que los únicos medios que satisfacen esa exigencia es siguiendo una secuencia biológica natural. Consideraron entonces que es posible que la normativa establezca que la práctica de la maternidad subrogada no sea permisible, pero a su vez, que regule la filiación de los niños nacidos a través de la misma (Seleme, 2013).

3.3 Conclusiones

A partir de los debates surgidos frente al proyecto de reforma del Código Civil, que intentó incluir la regulación de la práctica de la maternidad subrogada, se rechazó la inclusión de esta temática en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aunque sí se estableció la filiación surgida por medio de técnicas de reproducción humana asistida. Los argumentos en contra de la maternidad subrogada triunfaron por sobre los que abogaban en

su favor, por lo cual, el sistema legal argentino en la actualidad, no regula específicamente la práctica de la maternidad por subrogación, aunque tampoco la prohíbe expresamente.

La realidad de que es una práctica llevada a cabo en diversas partes del mundo dio lugar a que no exista alternativa más que regular la filiación emergente de este tipo de prácticas. No obstante, los debates de índole moral surgidos a partir de su inclusión en el mencionado Proyecto de Reforma, generaron una polémica que no pudo resolverse y que hasta el día de hoy genera opiniones muy diversas.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

4.1 Introducción

Existen distintos tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida, según los países y el derecho que los rige. Algunos países europeos se rigen por recomendaciones de tipo médico-éticas emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por derecho y normativas. Finalmente, otros poseen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia.

4.2 Estados Unidos

Los Estados Unidos han tomado diferentes decisiones en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada. Mientras en algunos estados es ilegal, otros la regulan expresamente y es practicada en ellos día a día. En Minnesota se ha vedado expresamente la investigación con embriones, exceptuando aquellas que se encuentren dirigidas a proteger la vida o salud de los mismos. El estado de Illinois, por el contrario, apoya dicha práctica pero la misma se encuentra reglamentada. La ley dice que toda persona que intencionalmente provocara la fertilización de un huevo humano con espermatozoides fuera del cuerpo femenino deberá hacerse cargo del concebido. A partir de esta ley, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, con su comité de ética, pautaron las responsabilidades éticas de los profesionales que toman parte en el proceso de subrogación. Algunas de ellas consisten en: el asesoramiento a la pareja, la provisión de servicios para la mujer gestante, la asistencia de tecnologías reproductivas relacionadas con la subrogación, y los aspectos médicos, éticos, legales y psicológicos (ARTETA ACOSTA, Cindy. 2011).

En el estado de California existen agencias especializadas en el servicio de subrogación. A través de las mismas, las mujeres gestantes se comunican con las familias que solicitan el servicio; luego realizan allí contratos privados que regulan el proceso. También en el Estado de Florida se erige este tipo de agencias, las cuales se rigen por las leyes de cada ciudad. Los precios del servicio que otorgan varían según la localidad y las partes que intervienen en el contrato (ARTETA ACOSTA, Cindy. 2011).

4.3 Europa

- España

La ley española actual prohíbe la concepción de embriones a través de fertilización in vitro con fines de investigación. No obstante, aprueba la investigación en embriones in vitro vivos hasta los 14 días de vida (momento en que comienza a considerarse como vida humana). Esto se permite para fines diagnósticos o terapéuticos. Para ello, deben cumplirse ciertos requisitos: que los donantes sean los progenitores; que los mismos otorguen su consentimiento previo por escrito, de manera libre, expresa y consciente; que los donantes y sus representantes legales sean previamente informados sobre los fines y las posibles consecuencias de dicha donación; que la donación y utilización posterior no sea lucrativa o comercial; y que los embriones o fetos objeto de la donación estén muertos o sean clínicamente no viables (Dankhe, 2010).

- Reino Unido

En el Reino Unido, se expidió el informe “Warnock”, el cual recomendó la sanción de una ley que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, se dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos. En 1985 se aprobó la “Surrogacy Arrangements Act” para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sancionó penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad fuera la realización de acuerdos de maternidad subrogada (Chiapero, 2012).

No obstante, fue de especial trascendencia el fallo de un problema de maternidad subrogada ocurrido el 11 de marzo de 1987, el cual estuvo a cargo del juez John Latey. El conflicto se dio debido a una solicitud de adopción, precedida de un acuerdo previo de subrogación. El señor y la señora A solicitaron la adopción de un niño que fue gestado y dado a luz por la señora B. El niño fue concebido como resultado de relaciones sexuales naturales, mantenidas en cumplimiento del acuerdo de subrogación, el señor A y la señora B.

Los esposos A eran una pareja estable que no podía tener el hijo propio por razones de salud, y la señora B era una empleada de tiempo completo cuyo sueldo no le permitía vivir con holgura junto a sus hijos. Se pactó una suma de 10.000 libras a favor de la señora B, quien manifestó que no había llegado al acuerdo por razones económicas sino para brindar un servicio a una familia sin hijos, estimando que dicha suma de dinero era una compensación por la pérdida de salarios durante el embarazo y los gastos requeridos por el mismo (Chiapero, 2012).

El juez falló a favor de la pareja del señor y señora A, que solicitaron la constitución de vínculo adoptivo con el consentimiento de la madre biológica, a pesar de la probada existencia de la entrega de dinero. El magistrado lo decidió así ya que no conceptuó ese dinero como pago o gratificación. El magistrado no aplicó la Ley de Contratos de Subrogación promulgada en Inglaterra en 1985 debido a que en el momento en que ocurrieron los hechos, la misma todavía no había sido publicada. No obstante, puso especial énfasis el hecho de que la gestante no había actuado con fines lucrativos, sino que la suma de dinero que le había sido entregada no era un precio por la renuncia a los derechos maternos, sino una indemnización por los gastos y los salarios caídos a consecuencia del proceso de embarazo y el parto (Chiapero, 2012).

- **Francia**

En Francia, el "Comité National d' Ethique" rechazó esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma. Tal afirmación surgió de la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

Por ello, en el derecho francés, no existe contrato válido entre una madre portadora y una pareja solicitante del servicio. Ha habido intentos de pretender que el contrato no constituye una "cesión del niño". No obstante, la prestación de este servicio cae siempre bajo la órbita de prohibición de los contratos celebrados sobre el propio cuerpo, lo que termina calificándolos con invalidez absoluta (Chiapero, 2012).

Esto se vio reflejado en el fallo plenario de la Corte de Casación francesa ocurrido en mayo de 1991, que anuló una sentencia de la corte de París en la cual se había hecho lugar a una adopción a favor de una mujer estéril que había encargado la gestación de su hijo a una mujer portadora. En este caso, un hombre se vio motivado a donar su esperma a una mujer fértil, quien trajo al mundo un niño que fue reconocido por el donante como natural, ya que su mujer era infértil. Su esposa solicitó al niño en adopción y ésta le fue concedida por la Corte de Paris, teniendo en cuenta el interés del menor: se tuvo en cuenta que se había criado en el hogar de dicho matrimonio, a la vez que no tenía ninguna filiación materna reconocida (Chiapero, 2012).

La Corte de Casación Francesa luego revocó el fallo, fundamentando su acción al manifestar que la convención por la cual una mujer se compromete -aún a título gratuito- a gestar y traer al mundo a un niño y luego abandonarlo al nacer, contraviene el principio de orden público de la disponibilidad del cuerpo humano, como también el de la indisponibilidad del estado de las personas. Además, manifestó que la adopción pretendida fue la última fase de un convenio nulo que atentaba contra el orden público, razón por la cual no podía ser aceptada en interés de la ley.

En otro caso, la Corte de Apelaciones de Paris casó un fallo de la Corte de Apelaciones de Portier que había otorgado la adopción simple a la mujer que había encargado una maternidad en sustitución. Hizo esto bajo fundamentos similares al caso descrito anteriormente (Chiapero, 2012).

- **Suecia**

En Suecia, se sancionó en el año 1985 una ley que prohíbe la práctica de maternidad subrogada debido a que las autoridades se manifiestan en contra de otorgar una remuneración a la madre gestante. La misma ley también impide que la mujer contratante pueda adoptar al hijo dado a luz por la gestante (Chiapero, 2012).

- **Alemania**

En 1984, el Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología constituyeron una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro. De acuerdo a este informe, el desarrollo del niño se da en el marco de una íntima relación personal entre la embarazada y el niño por nacer. En este sentido, se plantea la circunstancia de que la madre gestante no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. Esto se daría ya que la misma se dispone a llevar en su vientre un hijo fecundado extra-corpóreamente en servicio de otro, sólo por motivos económicos. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguno de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad subrogada debe ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley que rige en el país desde 1991 (Chiapero, 2012).

4.4 Latinoamérica

- **Brasil**

Brasil, por su parte, no tiene una legislación específica en cuanto a la manipulación de embriones in vitro, aunque sí posee una resolución sobre maternidad subrogada. Ésta especifica que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana pueden realizarla sólo cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación para la dadora genética. En dichas situaciones, las madres sustitutas deben pertenecer a la familia de la madre biológica, formando parte de una relación de parentesco hasta segundo grado. La característica más destacable de su práctica en Brasil es que se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de la misma, por lo cual la maternidad subrogada en este país siempre debe ser de carácter altruista (Chiapero, 2012).

- Colombia

En Colombia no existe ninguna ley que trate el tema de la maternidad subrogada, por lo cual se considera que no está ni prohibida ni permitida por ley. Esto ha generado la existencia de organizaciones o entidades que ejercen este tipo de práctica sin ningún control. A partir de ello surgió el interrogante consistente en si debería legalizarse dicha práctica, con el objeto de reglamentarla mediante diversos mecanismos y asegurar que la intervención sea llevada a cabo sólo por especialistas. Así surgieron diversos proyectos relativos al tema; no obstante, debido a su tratamiento inadecuado no han tenido éxito. A ello se sumó la gran polémica fomentada por instituciones como el Bienestar Familiar, que se opuso totalmente a dichas prácticas por considerarlas una forma de trata de personas, negocios donde los seres humanos atentan contra la dignidad del infante.

Por otra parte, el Código Civil Colombiano considera madre a toda mujer que durante nueve meses tiene al feto en su vientre y da a luz al bebé. Esto genera un gran debate en cuanto a la tenencia del menor, ya que lo dispuesto en el Código Civil significa que los padres contratantes no podrían exigir ni tener ningún derecho sobre el infante, ni siquiera habiendo un contrato que reglamente la práctica de subrogación.

En el año 2003, se presentó un proyecto de ley, en el cual se considera ética la maternidad subrogada cuando existe una justificación médica (Arteta Acosta, 2011).

En abril de 2011, el diario “El Carrusel” de Colombia, narró las vivencias de una mujer de 29 años que se acercó al Centro de Fertilidad de Medellín con la intención de alquilar su vientre. El periódico relató que una vez allí, la mujer brindó información sobre ella y se sometió a diversos análisis médicos. El centro se contactó con una pareja que sufría problemas de infertilidad, y finalmente implantó en su útero un embrión formado por los gametos de dicha pareja. Ella no vio al bebé después del parto, y manifestó que no tenía interés en ello. Recibió un pago de 13 millones de pesos colombianos más gastos médicos y de manutención, que incluyeron el alquiler de un apartamento hacia el quinto mes de embarazo.

El Centro de Fertilidad de Medellín escoge madres subrogadas saludables física y mentalmente, sin enfermedades hereditarias, con un mínimo de dos hijos. Los padres de

crianza deben tener un problema de fertilidad y la capacidad económica para asumir los gastos del procedimiento (Arteta Acosta, 2011).

El problema legal de la maternidad subrogada en Colombia, como se mencionó previamente, es que la ley establece que el médico debe hacer un registro del nacido con los datos de la madre que lo dio a luz. De esta forma, el niño figuraría como hijo de la madre gestante y, si el médico inscribe a otra persona, incurre en falsedad de documento público. Para evitar esa ilegalidad, el Centro de fertilidad de Medellín inicia un proceso de adopción para la madre de crianza, teniendo en cuenta que el padre que donó el semen figura como biológico (Arteta Acosta, 2011).

- **Méjico**

En el caso de Méjico, el artículo cuarto de la Constitución expresa que toda persona puede decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desea tener, haciéndolo de manera libre e informada. Esta disposición genera polémicas ya que implica que el Estado no puede intervenir, imperando la autonomía de la voluntad individual. Sin embargo, la procreación es además un tema de salud pública, y los métodos de reproducción asistida influyen en la misma, siendo necesario que el Estado posea la tarea de manejar lo relativo a ella. Por ello, se afirma que deben tenerse en cuenta los aspectos de facto que puedan presentarse con el uso de la maternidad subrogada, analizando todas las consecuencias e implicaciones resultantes.

Partiendo de ello, el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Demócrata, en la Legislatura de la Asamblea Legislativa Federal V, expuso la necesidad de brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como asunto de salud pública, basándose en los principios de autonomía, dignidad, universalidad e información.

Presentaron un proyecto de ley que expresa: *“La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la maternidad subrogada.”* A su vez, definió lo que debe entenderse como maternidad subrogada: *“La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una*

mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”. (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011,11).

La misma ley expresa que el procedimiento de maternidad subrogada se debe realizar sin fines de lucro para los padres y la mujer gestante, tratándose de un procedimiento con el único objetivo de que una pareja logre tener descendencia. En cuanto al profesional médico, la ley mejicana expresa que éste tendrá la responsabilidad de informar sobre las consecuencias médicas y deberá solicitar los documentos que acrediten que se cumpla con las formalidades y requisitos legales

No obstante, el uso de la maternidad subrogada en el Distrito Federal de México no tendrá validez cuando haya existido un error o dolo respecto a la identidad de los padres, manteniendo sus derechos para demandar civilmente daños y perjuicios, y denuncias penales, según la ley correspondiente (Hernández Ramírez y Santiago Figueroa, 2011).

4.5 Conclusiones

La mayoría de los países no incluyen en sus legislaciones el procedimiento de la maternidad subrogada. De quienes lo tratan en sus cuerpos normativos, gran parte lo hace prohibiéndolo, ya que los debates con respecto a su uso fueron intensos y diversos, lo cual dio lugar a conclusiones desfavorables para ello.

Entre los pocos países que practican esta actividad, se encuentra Estados Unidos, país que cuenta con agencias especializadas en el tema en los estados en que es legal. Como consecuencia, mucha gente de países donde este proceso no está regulado, viaja a países que lo permiten con el objeto de satisfacer su deseo de tener descendencia.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

5.1 Jurisprudencia extranjera

Es muy conocido el caso de “Baby M”, primer antecedente sobre la temática tratada. El mismo constituye una anécdota judicial interesante sobre la validez de los contratos de subrogación y subsistencia del vínculo paterno-filial, a la vez que constituye el documento judicial más importante en el derecho comparado sobre la materia de la maternidad subrogada, ya que fue la primera resolución mundial en torno al asunto de la gestación por encargo (Arteta Acosta, 2011).

El señor Stern, frente a la infertilidad de su esposa, requirió los servicios de una corporación de Nueva York para realizar la búsqueda de una persona que pudiera prestar los servicios de maternidad, a cambio de una retribución en dinero.

Se optó por la mujer casada Mery Beth Whitehead, y se convino con ella que por la suma de diez mil dólares se haría inseminar con el espermatozoides del señor Stern, contra el pago de la suma convenida para que al dar a luz el bebé fuera adoptado por su esposa. De este modo, la señora Whitehead renunciaba a sus derechos de madre, a la vez que su esposo renunciaba a los de padre (Arteta Acosta, 2011).

Pero al día siguiente de haber entregado el niño a los Stern, la señora Whitehead pidió que se le devolvieran y le permitieran tenerlo una semana, ya que se encontraba atravesando una crisis emotiva. Los esposos Stern accedieron y de allí en más no pudieron ver más a la criatura, lo cual ocasionó el comienzo de la contienda judicial que alcanzó gran repercusión en el ámbito nacional e internacional.

El primer juez en entender el asunto fue Harvey Sorokow, quien planteó que para realizar un fallo, cualquier interés debía subordinarse al de bienestar para la criatura: su estabilidad psicológica, emotiva y el desarrollo de la personalidad del modo menos traumático. Para ello era necesario determinar si el arreglo singular entre dos personas que no están casadas crea un contrato. De ser afirmativo, se debía determinar si podía hacerse cumplir, y con qué criterios, medios y formas. De ser negativo, debía determinarse cuáles eran los derechos y deberes de las partes en lo que comprendía la custodia, visita y mantenimiento del concebido (Arteta Acosta, 2011).

El juez finalmente declaró la validez del convenio sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. Sostuvo que el derecho a procrear de los esposos estaba entre los derechos civiles básicos del hombre y ordenó a la madre gestante a entregar el niño a los esposos Stern.

El 3 de febrero de 1988, luego de una apelación a dicho fallo, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey resolvió por unanimidad la invalidez e inexigibilidad del contrato por subrogación, por contravenir la ley y el interés público del estado. Se fundamentó declarando que la madre genética y uterina es la madre de la criatura. No obstante, se le entregó a los Stern la guarda de la niña por convenir mejor a los intereses de la misma, ya que gozaban de una excelente situación económica (Arteta Acosta, 2011).

Para dicha resolución se declararon nulas las disposiciones contractuales que privaban a la madre subrogada de su derecho materno-filial y la adopción de la criatura por la esposa del hombre que facilitó su semen para inseminación artificial, o sea, el padre biológico.

Además, se restituyeron a la madre subrogada los derechos y obligaciones de la madre de la criatura, y devolvió el caso el Tribunal de Instrucción para que resolviera los sus derechos de visita, ya que la custodia de la criatura había sido concedida a su padre biológico, por estar en mejor aptitud para ejercerla (Arteta Acosta, 2011).

5.2 Jurisprudencia argentina

En un caso del año 2012³, se presenta la situación de los esposos E.S.G y J.G.G, él de nacionalidad española y ella argentina, quienes se casaron en la Argentina y posteriormente se radicaron en España. Años después, celebraron un contrato de maternidad por subrogación en la India, en función del cual aportaron un embrión fecundado in vitro y la señora Jyoti Kashyap, casada con el Sr. Kashyap, cumplió el rol de madre subrogante. La autoridad de la India expidió la pertinente acta de nacimiento (Meniocci, 2013).

³ Juzgado de la Instancia del Distrito de Familia. San Lorenzo. 2012-07-02. S.G.E.F. y G.C.E

La madre genética solicitó al Consulado Argentino en Nueva Delhi la inscripción de la niña en el libro de nacimientos, como también el otorgamiento de la nacionalidad y pasaporte argentinos. Ante ello, el Consulado invocó como obstáculo la pretensión de la demandante la ausencia de residencia de aquella en la República Argentina.

Ante la negativa del consulado, la madre genética demandó al Estado Nacional con el objeto de que se le otorgue a su hija la nacionalidad argentina y derechos de ese estado. El proceso fue tratado en la ciudad de Santa Fe. El juez puso de manifiesto la laguna normativa existente en el Código Civil, teniendo por madre a la postulante, e invocando la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hizo lugar a la pretensión, condenando al Estado Nacional a otorgar nacionalidad y documentos correspondientes (Meniocci, 2013).

Se trató de un caso multinacional en el cual la justicia argentina fue llamada a intervenir. Se dio así porque se presentaron elementos de extranjería relevantes a la luz del derecho positivo argentino: el nacimiento de un niño en el extranjero y la pretensión de atribución de la nacionalidad a éste basada en una cuestión previa que es su filiación (Meniocci, 2013).

Según Boggiano (2000), la jurisdicción del foro para decidir un caso multinacional se funda en las relaciones o contactos del caso con el foro. Primero, debe verse la relación de las partes de la controversia en el foro, como también la relación de las circunstancias de hecho y las situaciones que sirvan de causa a la controversia. Además, se debe examinar la relación entre el foro y el derecho aplicable. Así, el foro es apropiado para decidir un caso siempre que en él sea posible hacer justicia razonablemente a todas las partes.

La pretensión del caso es la de obtener la nacionalidad argentina y son los tribunales argentinos los llamados a entender la cuestión. La parte demandada es el Estado Argentino y también lo es la materia vinculada. A su vez, es exclusiva ya que ningún tribunal no argentino puede otorgar la nacionalidad argentina (Meniocci, 2013).

Por otro lado, la pretensión se construyó sobre una cuestión previa, que es la atribución del estado de hijo a la madre genética no gestante, lo cual determina la legitimación procesal, relativa al derecho a la postulación de quien se presenta, alegando

ser la madre de la niña y por lo tanto, su representante legal necesaria. Implícitamente, la demanda incluyó ambas. En este caso, la jurisdicción de los tribunales argentinos es concurrente con la de ambos tribunales internacionales (Meniocci, 2013).

Si se postula ante tribunales nacionales la pretensión de obtener la nacionalidad argentina, éstos están obligados a aplicar el derecho constitucional argentino, teniendo en cuenta la naturaleza pública de éste último y de la imposibilidad que tienen los otros estados de imponer otra nacionalidad que aquella para la cual sus tribunales prestan el servicio de justicia.

No obstante, el tratamiento de la cuestión de este fallo fue diferente. El método analítico- analógico impone escindir ambos problemas, evitando que el derecho aplicable a la pretensión principal (la nacionalidad) absorba también el relativo al estado de hijo. Ante la pretensión de la atribución de nacionalidad argentina, no corresponde desprender del derecho argentino material la determinación del status familiae (Meniocci, 2013).

La filiación puede ser producto de la realidad genética o de las normas sin necesaria equivalencia con la realidad biológica: se asiste en esos casos a una materialización personal en la que la norma construye el concepto de hijo. Además, hoy existe una renovación en materia filiatoria que rompe con los conceptos clásicos de filiación biológica y adopción. El problema de la filiación puede ser absorbido por el derecho de familia o adquirir cierto desarrollo autónomo, influido por el deseo de una persona de tener hijos sin que esta filiación se corresponda con el sentido tradicional de “familia” (Meniocci, 2013).

La gestación por subrogación involucra varias figuras parentales. La mujer puede ser la madre genética o la simple gestante del feto concebido in vitro por los gametos de la pareja requirente como también por aquellos de un padre y de un tercer donante. Las controversias posibles son conjeturables, así como los intereses que están en juego. En primer lugar, se impone la ponderación del deseo de una persona a tener hijos, las eventuales resistencias de la madre biológica o portadora después del nacimiento, el eventual reclamo de los derechos del tercero o el interés superior del niño. Para resolverlos se postulan principios como los mencionados previamente, pero los mismos no brindan sus correspondientes mecanismos de determinación deductiva de una regla jurídica unívoca. La

integración del ordenamiento normativo no debe prescindir de reglas jurídicas en tanto se pretende arribar a normas jurídicas individuales uniformes (Meniocci, 2013).

Según el relato de la sentencia del presente fallo, se tuvo por madre a la madre biológica y ello la remitió al domicilio conyugal, que se encontraba en España. Luego, fue la ley española la encargada de decir si la niña era hija de la madre genética o de la gestante. No obstante, también puede acudirse a una calificación opuesta, aquella de considerar que el domicilio conyugal es el del matrimonio domiciliado en la India y desprender de este último derecho el aplicable a la filiación (Meniocci, 2013).

Otro caso fue el que se inició con la solicitud planteada en conjunto por parte de un matrimonio y una mujer, amiga de los cónyuges, que ha gestado y dado a luz a una menor que es genéticamente descendiente de la pareja⁴. La solicitud de los tres adultos intervinientes coincidían: deseaban que a pesar del dato de la gestación y el parto, la menor sea inscrita en el Registro Civil como hija biológica de la pareja, sin mención de la maternidad gestacional y biológica de la mujer que la alumbró.

El relato de los hechos da cuenta de las dificultades que tuvieron que atravesar los cónyuges en relación a su deseo de tener descendencia, incluyendo la histerectomía a la que debió someterse la esposa. Además, señala el gesto altruista de la madre gestante que sin recibir gratificación pecuniaria más allá de la cobertura de los gastos médicos, decidió recibir, gestar y dar a luz un embrión concebido a partir de gametos de los cónyuges (Ales Uría, 2013).

La prueba documental aportada incluyó un estudio de ADN del cual surge la ascendencia genética de la niña; la historia clínica del procedimiento de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; y el certificado de nacimiento de la menor. Asimismo, se realizaron aportes de declaraciones testimoniales que dieron cuenta de la libertad de las partes adultas involucradas en el procedimiento y de la ausencia de fines económicos perseguidos por la madre gestante.

⁴ Juzgado Nacional de la Instancia en lo Civil Nro. 86. N.N o D.G.M.B.M s/ inscripción de nacimiento. 2013-06-18

El Tribunal interviniente, luego de una exposición sobre la situación del derecho filiatorio en la Argentina, y luego de examinar el título de atribución de la maternidad bajo el derecho vigente, consideró que en el caso se presentaba un supuesto de maternidad subrogada (un acuerdo de voluntades no contemplado en la legislación vigente hasta ese momento), y que la maternidad de la niña debía atribuirse conforme un principio de voluntad pro-creacional. Este principio surgía del análisis doctrinario del proyecto de Reforma del Código Civil presentado en el Congreso en el año 2012. A partir del mismo, e identificando el principio del mejor interés del menor, con el deseo de los cónyuges de haberle dado existencia a la niña, se ordenó proceder a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil como hija de los cónyuges peticionantes.

En referencia a las condiciones y circunstancias alegadas por la pareja y la gestante, así como los recaudos que pudieron haberse tomado para asegurar la protección del mejor interés de la criatura, no se verificó en el fallo un análisis de mayor profundidad más allá de lo alegado por las partes. También se estableció que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional, en respeto de su derecho de identidad, sin aclarar la modalidad en que habrá de hacerse la revelación como tampoco los medios adecuados para asegurar que la niña eventualmente la conozca (Ales Uría, 2013).

5.3 Conclusiones

Las decisiones de la jurisprudencia extranjera como también las de Argentina demuestran que ningún país ha brindado una solución perfecta a las cuestiones que plantean acuerdos de gestación por medio de la maternidad subrogada.

Puede pensarse que quizás no exista una solución perfecta para estos casos, o al menos el hombre es incapaz de llegar a ella. Los avances de la tecnología han hecho posible que el papel femenino de reproducción se divida entre dos mujeres –la madre genética y la gestante-, aunque la ciencia no da solución en cuanto a qué manera se puede respetar el interés supremo, el cual es el bienestar del niño que el acuerdo de maternidad subrogada ha hecho posible.

Por otra parte, la ausencia de legislación específica sobre cuestiones de acuerdos de gestación plantea una amenaza fundamental para el bienestar de las mujeres y los niños involucrados, la cual podría ser mitigada con una legislación que regulara detalladamente el procedimiento y protegiera a todos los afectados por un acuerdo de maternidad subrogada, especialmente al hijo concebido.

Otra conclusión que se obtiene de la confrontación de casos judiciales es que por diversos motivos, los tribunales arriban a decisiones muy similares, ya que consideran que la solución justa a los conflictos surgidos de las convenciones sobre maternidad subrogada, es anteponer el interés del hijo a cualquier otro.

Por lo tanto, la validez o no validez del contrato que une a las partes contratantes en un acuerdo de maternidad subrogada no constituye lo principal de la cuestión que plantean estas convenciones, debido a que su definición no es suficiente para resolver los problemas que acarrea su ejecución. Tanto si se postula su validez, como si se declara su nulidad absoluta, el conflicto subsiste y el dilema para atribuir la maternidad continúa sin respuesta.

Conclusiones finales

El contrato para llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución puede considerarse válido, ya que responde al objetivo principal de ayudar al ser humano a cumplir con sus expectativas de tener descendencia. Este método le brinda a las personas la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, a pesar de que el mismo haya sido gestado por otra mujer. Se trata de un contrato entre adultos que, informados correctamente, deciden establecer un acuerdo, con el objeto de obtener beneficios para todas las partes, prestando su consentimiento de forma clara y fehaciente.

Pero el uso de técnicas de reproducción asistida representa una gran polémica entre distintos sectores de la sociedad, como también genera conflictos basados en los términos y condiciones que deben cumplirse para la realización de una gestación por sustitución.

Hay sectores que sostienen que desde un punto de vista comercial y económico, el objetivo loable de poder concebir y criar hijos se deja de lado, transformando la situación en algo que prioriza el sentido monetario sobre el sentido humano. Así, se presentaría un desacuerdo con el desarrollo científico, y a la vez, se daría un proceso mediante el cual la persona, especialmente la mujer gestante, se torna vulnerable frente a abusos y explotaciones.

En consecuencia, dichas posturas manifiestan que se hace totalmente necesaria la tarea del Estado de legislar y controlar la maternidad subrogada para evitar que se convierta en un negocio lucrativo y lograr la inexistencia de abusos y problemas que pudieran surgir en el proceso. Los fundamentos de esta postura se basan en los ideales de que los avances científicos deben actuar de acuerdo a los valores y principios éticos, bioéticos y morales que defienden frente a cualquier otra cosa, la dignidad y el respeto a la vida del ser humano.

Sin embargo, estas posiciones se enfrentan a otras que poseen una visión diferente sobre los valores y principios morales y éticos. Todas acuerdan en la necesidad de legislar sobre el tema para que las relaciones de este tipo sean transparentes, con el fin principal de evitar abusos y cualquier otro tipo de inconveniente que pueda presentarse. La necesidad de brindar seguridad jurídica a todos los intervinientes en este tipo de contrato, se vería satisfecha si existiera vigente una ley que especifique el modo en que debe llevarse a cabo.

No obstante, aquello que se considera moral y éticamente correcto varía según cada individuo y la formación que haya tenido. Algo en que todos coinciden es que debería ser moralmente obligatorio retribuir a la gestante por el servicio que está brindando, dando por sentado por supuesto que la misma sólo posee intenciones de buena fe. De este modo, además de obtener una compensación equivalente a los gastos efectuados por el embarazo en sí mismo (como gastos de transporte, atención médica, medicamentos, alimentación adecuada, etc.), debería otorgársele una suma de dinero por llevar a cabo un servicio tan complejo como es la vivencia de un embarazo y las consecuencias psicológicas que implica entregar al bebé luego del parto, sin tener ningún derecho sobre él.

Por tanto, la presente investigación concluye que sería válido y apropiado el uso de la técnica de maternidad subrogada en la Argentina si existiera una legislación precisa al respecto, como aquella presentada en el artículo 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil, aunque se considera más justo la salvedad de que se otorgue una remuneración para la madre gestante por su servicio. Además, se plantea que esta legislación permita la elaboración de contratos privados, que respetando esta normativa, establezca las normas y acuerdos particulares para cada caso en especial. Este contrato, basado en una ley nacional, podría garantizar tanto a la gestante como a los comitentes que sus derechos y obligaciones sean cumplidos. De esa manera se evitaría cualquier abuso hacia cualquiera de las partes.

Esta posición personal se fundamenta en la cantidad de situaciones en que estas técnicas se utilizan en otros países, y el buen desarrollo de las mismas cuando existe un contrato privado en concordancia con leyes nacionales, que establecen los criterios generales a través de los cuales debe llevarse adelante el proceso.

La sanción de una ley sobre maternidad subrogada fue comenzada con el mencionado proyecto de reforma, aunque quedó detenida cuando se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, sin incluir los artículos que trataban este procedimiento. Es por ello que se debe analizar objetivamente las características de este instrumento y cada situación que pudiera surgir del uso del mismo, con el objeto de crear un cuerpo legislativo que satisfaga la necesidad de la existencia de normas claras, que permitan resolver cualquier inconveniente que pudiere surgir. Una vez logrado ello, los vacíos legales serían escasos, y por ende, también lo serían los conflictos surgidos a partir de ellos, mientras que

la Argentina se consagraría como un país avanzado en este ámbito, dando lugar a nuevas posibilidades de familia, y en consonancia con los tipos de filiación que sí fueron reconocidos por el nuevo Código Civil, que es aquel que surge por el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

Se sostiene que lograrlo sumamente importante, considerando que el derecho al uso de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida favorece no sólo al progreso tecnológico, sino que también significa un avance en materia social. La sociedad se vería en una nueva situación a la que debe adaptarse, pero enmarcada en un cuerpo legislativo preciso y coherente, puede darse una adaptación positiva en la cual todos pueden ejercer su libertad para cumplir sus sueños de formar una familia. Así, personas solteras o parejas heterosexuales y homosexuales podrían acceder de forma más fácil a gozar de todos los placeres que provee la formación de una familia.

Bibliografía consultada

Doctrina

ALES URÍA, Mercedes (2013), “Maternidad por acuerdo de partes. Derecho a la identidad e interés del menor”, Fallo *Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento ~ 2013-06-18*, en LA LEY 11/11/2013, 11/11/2013, 5 - LA LEY2013-F, 181. **Cita Online:** AR/DOC/4059/2013

ALES URÍA, Mercedes (2014), “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, en LA LEY, 26/06/2014. **Cita online:** AR/DOC/1970/2014.

ÁLVAREZ NIEVAS, Jorge (2012), “La apatridia como negación del derecho humano a la nacionalidad”, en Sup. Act. 24/07/2012, 24/07/2012, 1, **Cita Online:** AR/DOC/3798/2012

ANDRADE, Antonio Fabián (2009), “El derecho a conocer ‘la verdad biológica’ en conflicto con otros derechos fundamentales”, en DJ17/06/2009, 1609. **Cita online:** AR/DOC/1583/2009.

ARTETA ACOSTA, Cindy (2011): “*Maternidad subrogada*”, en Revista de Ciencias Biomédicas, Cartagena, Colombia.

BARATTA, Roberto (2010): “*La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, Recueil de Cours*”, Martinus Nijhoff Publishers, Francia.

BELLUSCIO, Augusto (1987): “*Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal*”, LL, Argentina.

BOGGIANO, Antonio (2000): “*Curso de Derecho Internacional Privado – Derecho de las relaciones internacionales*”, 2da edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

BOLTON, Raquel (2010), MATERNIDAD SUBROGADA, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voce/210-maternidad-subrogada>

Consultado el 20 de julio de 2016

CAMACHO, Javier Martín (2009): “*Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*” , Fundación Foro, Buenos Aires, Argentina.

CANO, María Eleonora (2012): “La Maternidad Subrogada” .Página 12, Buenos Aires, Argentina.

CASANOVA, Martha P (1980), “Ser mujer. La formación de la identidad femenina”, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México.

CHIAPERO, Silvana María (2012): “*Maternidad subrogada*”, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

CHIAPERO, Silvana (2012): “*Cayetana fue concebida a través de un alquiler de vientres en India y estuvo 48 días sin poder salir de ese país por ser ‘apátrida’*”, en La Voz del Interior, Córdoba, Argentina.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana y SANTIGAGO FIGUEROA, José Luis (2011): “*Ley de maternidad subrogada del distrito federal*”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado núm. 132, UNAM, Distrito Federal, México.

HERNÁNDEZ SAMPIERI (1997)“*Metodología de la Investigación*”, Colombia.

HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014), “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, en *LA LEY*, 20/08/2014, 5.

HILDARA ARAYA: “*¿Qué es la maternidad subrogada?*” (2012), en Guía de About.com (www.embarazoyparto.about.com) Consultado el 10 de julio de 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora (2014), “La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos”. Fallo *Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado 2014-02-06*, En La Ley 23/04/2014, 23/04/2014, 4 - LA LEY2014-C, 1. **Cita Online:** AR/DOC/1268/2014

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa (2012), “El

embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *LA LEY* 28/12/2012, 28/12/2012, 1 - *LA LEY* 2013-A, 907, **Cita Online:** AR/DOC/6204/2012

KEMELMAJER DE CARLUCCI, LAMM Y HERRERA (2013), “Gestación por sustitución en la Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, en *LA LEY* 11/07/2013. **Cita online:** AR/DOC/2573/2013

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

MENICOCCI, Alejandro Aldo (2012), “Jurisdicción y derecho aplicable en materia de filiación por subrogación. La filiación por contrato”, en *LLLitoral* 01/03/2013. **Cita online:** AR/DOC/5702/2012.

MIR CAJAL, Leyla (2010), *"La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada"*, Universidad de Buenos Aires.

NARANJO RAMIREZ, Gisela Patricia (1994), “La maternidad sustituta, delegada o por encargo”, Tesis, Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín.

RODRÍGUEZ YONG, Camilo A. y MARTINEZ MUÑOZ, Karol Ximena (2012), “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXV, n° 2, diciembre 2012.

SELEME, Hugo Omar (2012), “La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, en *LA LEY* 18/01/2013. **Cita online:** AR/DOC/6070/2012

SILVA RUIZ, Pedro (2014), “Maternidad subrogada, sustituta o suplente: la gestación por sustitución (en derecho puertorriqueño y comparado), PFSR.

SCRIBANO, Adrián O (2008) *"El Proceso de Investigación Social Cualitativo"*. Buenos Aires: Prometeo.

TELLO, Lorena Sofía (2013), “Maternidad subrogada, su reconocimiento extra-territorial, un nuevo paradigma”, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires.

Legislación

- Proyecto de Reforma del Código Civil (2012)
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014)
- Constitución Nacional Argentina

Jurisprudencia

- Juzgado de la Instancia del Distrito de Familia. San Lorenzo. 2012-07-02. S.G.E.F. y G.C.E.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V. 2014-04.29. C.E.M y otros c. EN. M SALUD s/ amparo ley 16.986
- Juzgado Nacional de la Instancia en lo Civil Nro. 86. N.N o D.G.M.B.M s/ inscripción de nacimiento. 2013-06-18.

Otras publicaciones

- Organización Panamericana de la Salud (OPS): “*Bioética. Temas y perspectivas*”, Publicación científica núm. 527, Washington DC, 1990.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación –Cladem-, Audiencia de Tucumán (2012) [Versión electrónica]: “*Gestación por sustitución. Postura de Cladem frente a la propuesta del anteproyecto de reforma del Código Civil.* Recuperado de: http://ccygn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_073_CLADEM.pdf Consultado el 15 de julio de 2016.
- Conferencia Mundial de Población y Desarrollo, El Cairo, 1994.
- Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing, 1995.